



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

위장도급의 법적 취급 및 판단기준에 관한 연구

- 개별적 근로관계에서의 보호방안을 중심으로 -

2018년 2월

서울대학교 대학원

법학과 사회법 전공

서 영 의

위장도급의 법적 취급 및 판단기준에 관한 연구

- 개별적 근로관계에서의 보호방안을 중심으로 -

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2017년 10월

서울대학교 대학원

법학과 사회법 전공

서 영 의

서영의의 석사 학위논문을 인준함

2017년 12월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

위장도급은 기업을 경영하는 입장에서 노동법적 의무를 회피하기 위한 목적으로 손쉽게 사용될 수 있는 수단이므로 규제의 필요성이 크다. 본 논문은 위장도급의 규제에 관한 종래 논의를 정리하고 그 한계점을 극복하기 위한 대안을 해석론과 입법론의 측면에서 제시하였다.

우리 법원은 2008년 ‘에스코 판결’ 이전까지는 ‘원청과 하청 근로자 사이의 묵시적 계약에 의한 직접 근로계약관계 성립’이라는 법리에 의해 위장도급을 규제하여 왔다. 그러나 동 법리는 지나친 요건의 엄격성으로 인해 근로자 보호에 충실하지 못했고, 민법상의 계약성립이론을 기초로 위장도급을 규율하려 했다는 점에서 근본적인 한계가 있었다. 법원은 2008년 ‘에스코 판결’을 통해 불법파견에도 파견법이 적용될 수 있다고 판단하였는데, 이로 인해 위장도급의 법적 규율 방식에 근본적인 변화가 발생하였다. 동 판결을 통해 위장도급의 법률관계에 파견법상의 고용간주(개정 파견법 상으로는 ‘고용의무’)규정이 적용될 수 있는 길이 열렸기 때문에, 실질적 파견관계가 존재하는지 여부를 판단하는 것이 위장도급의 법적규율에 있어서의 핵심문제가 된 것이다. 실질적 파견관계가 존재하는지 여부에 대한 판단기준에 대해서는 종래 많은 검토가 이루어져 왔고, 2015년에는 대법원 판결을 통해 불법파견인지 여부를 판단하는 기준이 ‘법리’의 형태로 구체화되어 제시되었다.

그러나 그 내용을 자세히 살펴보면 법적 안정성을 확보할 수 있을 만큼 충분히 명확하지 않다. 또한 기존의 위장도급에 관한 논의는 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 인정하는 것에 집중되어 있었기 때문에, 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 인정하기는 어렵지만 원청에 대하여 사용자로서의 부분적 책임을 인정할 필요성이 있는 경우를 보호범위로 포섭하지 못하는 문제점이 있다.

본 논문에서는 이러한 문제의식에 기초해 위장도급을 법인격 부인형, 불법파견형, 연대책임형, 보호의무 발생형의 4가지로 유형화하여 사용자로

서의 부분적 책임이 인정될 수 있는 경우를 위장도급의 규율 영역으로 포섭하고, 종래 위장도급의 법적 규율 방법이었던 불법과건형 위장도급의 판단기준을 보다 명확히 제시하고자 시도하였다.

법인격 부인형의 경우 파견관계의 인정이라는 종래의 프레임에서 벗어나, 위장도급을 규율하기 위한 새로운 법리로서 회사법상의 법인격 부인론을 재해석한 것이다. ‘법인격 부인론’은 사적자치를 지도원리로 하는 사법(私法)의 영역에서 발달해왔다는 점을 고려하면 사적자치의 모순 시정을 목적으로 하는 노동법의 영역에서는 보다 완화된 요건 하에 적용될 수 있다. 이런 점에서 하청이 형해화되어 실체성이 부정되는 경우가 아니라고 하더라도, 원청의 하청에 대한 지배력과 원청이 노동법적 책임의 회피를 위해 하청의 법인격을 남용하였다는 사실이 인정되는 경우에는 법인격 부인을 인정하여 하청 근로자가 원청에 대하여 사용자로서의 책임을 추궁할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 적용을 과도하게 남용 할 경우 실체를 가지고 사업을 영위하는 영세한 하청업체의 권리를 침해할 소지가 있다는 점을 고려하여, 법인격의 부인이 각 당사자에게 미치는 실질적인 효과를 면밀히 검토해 적용여부를 결정해야 할 것이다.

불법과건형 위장도급의 경우 판단기준을 보다 구체화하기 위해, 유형론적 고찰을 통한 판단요소의 구체화, ‘사용종속성’을 상위에 둔 판단요소의 차등화, 추정의 법리와 증명책임의 사전분배를 통한 결과의 예측가능성 확보, ‘개별 산업의 특성 고려’라는 4가지 방법을 제시하였다. 이 4가지 방법 중에서도 핵심적인 부분은 판단요소의 차등화와 증명책임의 분배다. 본 논문에서는 ‘사용종속관계’라는 상위 개념을 지표로 판단요소를 차등화하여, 원청의 업무상 지휘명령을 최상위의 요소로, 하청 근로자의 원청사업으로의 편입, 원청의 근태관리 및 근로조건에 대한 결정권의 행사를 상위의 요소로, 도급업무의 성질(한정성, 구별성, 전문성) 및 하청의 인적, 물적 독립성을 부수적 요소로 분류하였다. 이를 바탕으로, 최상위 요소 및 상위 요소가 인정되면 파견을 인정하고, ‘최상위 요소’와 ‘상위 요소’ 중 어느 하나가 결함하면 파견관계를 사실상 추정하되, 사용자가

부수적 요소를 통해 ‘간접반증’함으로써, 추정을 복멸시키는 증명책임의 분배 방식을 제안하였다. 이와 같은 방식을 취하면 종래의 판단기준이 가지고 있었던 모호성의 문제가 어느 정도 해결될 수 있으리라 본다. 다만, 법적안정성에만 치중하여 판단의 요소를 지나치게 구체화할 경우 탄력적 평가를 통한 개별 사안에서의 합리적 결론 도출이라는 가치가 훼손될 우려가 있다. 이러한 점을 고려해 실제 적용과정에서는 개별 판단요소를 탄력적으로 해석할 필요는 있을 것이다.

연대책임형과 보호의무 발생형은 입법론적 측면에서 원청의 사용자로서의 부분적 책임 인정 요건을 검토한 것이다. 원청이 하청의 무자력 상태를 알면서도 도급의 형태로 근로자의 노동력을 활용하는 경우에는 근로자 보호를 위하여 원청의 연대 책임을 인정하는 것이 타당하다. 이러한 책임 확대는 원청이 하청을 통해 노동력을 활용함으로써, 근로계약상 부담하는 금전 채권에 대한 특수한 규제, 예컨대 임금 체불에 대한 형사처벌, 임금채권에 대한 최우선 변제권의 인정 등의 불이익을 회피할 수 있다는 데에서 그 정당화 근거를 찾을 수 있다. 위해사업의 경우 사내 하도급과 사외 하도급을 불문하고 원청의 안전조치의무를 인정하여야 할 것이고, 산업재해와 관련된 근로자의 금전적 손해에 대해서는 원청이 연대하여 책임을 부담하도록 할 필요가 있다. 도급의 형식을 취했다고 하더라도 원청이 하청 근로자의 노동력을 이용해 이익을 얻는다는 본질은 변하지 않기 때문이다. 다만, 보호의무형은 도급인이 책임을 져야 할 위해사업의 범위에 대한 사회적 합의가 법령을 통해 정확히 반영되어야 비로소 의미를 가질 수 있을 것이다.

주요어 : 위장도급, 묵시적 근로계약, 불법파견, 법인격 부인, 연대책임, 산업안전

학 번 : 2015-22984

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 배경 및 목적	1
I.고용형태의 변화에 따른 새로운 노동문제의 등장	1
II.위장도급의 정의 및 문제점	2
1. 위장도급의 정의	3
2. 위장도급의 활용 원인 및 규제 필요성	4
III.종래의 위장도급 규제 방식과 그 한계점	6
IV.연구의 목적	7
제 2 절 연구의 범위 및 방법	8
I.개요	8
II.종래의 논의에 대한 검토 방법 및 범위	8
III.새로운 접근에 관한 검토 방법 및 범위	10
IV.입법론적 제안의 방법 및 범위	10
제 2 장 위장도급의 법적 취급에 관한 종래 논의의 검토 ..	11
제 1 절 서설	11
제 2 절 위장도급의 법적 취급에 대한 판례의 태도	12
I.묵시적 근로계약관계의 법리를 적용한 판례	12
II.파견법을 적용한 판례	15
III.소결론	17
제 3 절 종래 논의의 검토	17
I.묵시적 근로계약관계의 법리	17
1.의의 및 문제점	18
2.직접적 근로계약관계의 성립에 관한 일본의 논의	19

3.묵시적 근로계약관계의 법리에 관한 국내의 논의	23
4.검토	25
Ⅱ. 파견법 적용론과 직업안정법 적용론(종속효과론)	35
1. 파견법 적용론	35
2. 직업안정법 적용론	36
3. 검토	38
Ⅲ. 위장도급의 법적 규율 방법에 관한 기타의 견해들 ..	52
1. 공정거래법 등 인접법의 적용을 통한 해결 모색	52
2. 균등대우 원칙 내지 차별금지를 통한 해결 모색	54
제 4 절 소결론	55
 제 3 장 위장도급의 법적취급에 관한 새로운 접근	57
제 1 절 위장도급의 법적 취급 방법의 유형화 필요성 ..	57
제 2 절 위장도급의 법적 취급에 관한 유형별 검토 ..	60
Ⅰ.법인격 부인형: 사용자로서의 중첩적 책임 인정	60
1. 의의	60
2. 종래의 법인격 부인론의 검토	61
3. 위장도급 법률관계 규제 법리로서의 법인격 부인론 ...	69
Ⅱ.파견관계 성립형 : 파견법에 따른 고용의무 발생	80
1. 의의 및 문제점	80
2. 판단기준에 관한 종래의 판례 및 학설의 검토	83
3. 새로운 판단기준의 모색	120
4. 소결론	143
Ⅲ. 연대책임형 : 금전 채무 불이행에 대한 연대책임	144
Ⅳ. 근로자보호의무 발생형 : 산업안전 책임 등	148
1. 문제점	148
2. 위해사업 도급의 경우	149

3. 위해사업 이외의 도급의 경우	153
4. 소결론	153
제 3 절 소결론	153
제 4 장 입법론적 제안	155
제 1 절 파견관계 성립형 위장도급에 관한 제안	155
제 2 절 연대책임형 위장도급에 관한 제안	159
제 3 절 보호의무 발생형 위장도급에 관한 제안	161
제 5 장 결론	163
참고문헌	167

표 목 차

[표 1] 노동법적 보호가 필요한 도급계약의 유형 분류 ...	59
[표 2] 법인격부인론과 위장도급 법률관계의 비교	71
[표 3] 울산공장 판결과 아산공장 판결의 판단요소 비교	92
[표 4] 원청의 연대책임의 성립 범위	148

그 림 목 차

[그림 1] 불법과건이 문제 되는 위장도급의 유형	81
[그림 2] 판단요소의 서열화와 증명책임의 배분 도식	138

제 1장 서론

제 1절 연구 배경 및 목적

I. 고용형태의 변화에 따른 새로운 노동문제의 등장

20세기 한국 노동계의 주된 관심사는 노동 적대적인 독재정권 하에서 노동자들의 근로조건을 개선하고 헌법상의 노동3권을 실질적으로 보장하는 것에 있었다. 그러나 1997년 IMF 이후 현재까지 우리사회에 강력한 영향을 미친 신자유주의 물결 하에 기업의 고용유연화가 추구되면서¹⁾ 한국의 노동문제는 더 복잡한 양상을 띠게 되었다.²⁾ 기업의 고용유연화 추구로 비정규직(주로 기간제 근로형태)과 간접고용 형태가 지속적으로 확대되어왔고³⁾ 이로 인해 노동구조의 이원화와 양극화 문제⁴⁾가 노동법

-
- 1) 1997년 하반기의 외환·금융위기를 계기로 1998. 1. 15. 발족된 제1기 노사정위원회는 핵심 의제 중 하나는 ‘노동시장의 유연성 제고방안’이었다. 이에 따라 경영상 이유에 의한 해고규정이 개정되어 시행을 유예하는 내용이 삭제되었고, 일정 업종에 대하여 근로자파견사업을 허용하는 파견근로자 보호 등에 관한 법률이 제정되었다. 이철수, IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전, 서울대학교 법학 제55권 제1호 2014. 3. 210-214면.
 - 2) “1987년 시작된 민주헌정 이전에는 개발독재체제에 의하여 노동기본권의 억압을 통해 고도의 경제성장이 이루어졌다. 그에 따라 헌법상 규정된 노동기본권은 명목 규정으로 남아 있을 뿐이었고 노동법 역시 노동기본권 억압의 역기능을 하였으며 근로자 권리보호의 기능을 하지 못하는 ‘법속의 법’으로 유폐되어 있었다. 민주헌정 이후에야 노동법이 비로소 노동 기본권을 포함한 근로자 권리보호라는 그 본래의 기능을 수행할 수 있게 되었으나 1997년의 경제위기로 인해 노동법은 신자유주의의 ‘세계화’라는 해일을 맞아 표류하고 있는 실정이다. 지금은 국내의 독재정권이 아니라 미국 중심의 세계 자본주의체제 독점화 현상으로 인해 노동법이 새로운 위기를 맞게 되었다.” 이흥재, 21세기의 노동법 과제와 새로운 패러다임의 모색-‘한국 풍토’의 노동법에 한 진단 처방과 상생(相生)의 지향-, 비교법학연구 제6집, 2005. 9. 222면
 - 3) 우리나라의 간접고용 실태는 업종별로 다소 차이가 있으나 일반적으로 1997년 IMF 외환위기와 2000년대를 거치면서 크게 증가하였다고 본다. 김종진 외 3인, 간접고용 활용실태 및 간접고용 근로자 근로실태 조사·분석, 국회입법조사처 2011년 11월 13일 294면 표 <10-4> 참고
 - 4) 비정규직의 증가와 간접고용의 활용은 정규직과 비정규직 사이의 근로조건의 이

의 핵심문제로 대두된 것이다. 본 글에서 다루고자 하는 ‘위장도급’은 오늘날의 한국의 노동계에 만연해 있는⁵⁾ 간접고용의 중심에 위치한 대표적인 노동문제다.

원화를 가져왔고 특히 임금과 관련하여 중간층의 분포가 줄어들고 분포가 양극단에 밀집되는 결과를 가져왔다. 통계청의 2017년 경제활동인구조사(근로형태별 부가조사) 보도자료 따르면 정규직 근로자의 월평균 임금은 284만 3천원, 비정규직 근로자의 월평균 임금은 156만 5천원(시간제 근로자 제외 시 209만원)으로 상당한 격차를 보인다. 또한 2016년 기준 500인 이상의 근로자를 고용하는 대형 기업의 근로자 대비 전체기업 근로자의 평균임금 수준은 52.3%에 불과하며 1-4인의 근로자 고용 기업의 경우 31.4%, 100인 이상 500인 미만 근로자 고용기업의 경우 65.9% 수준으로 그 격차가 매우 크다. 노민선, “기업 규모별 임금 격차 국제 비교 및 시사점 중소기업포커스 제17-13호, 중소기업연구원”, 2017. 9. 13. 5-6면. 이러한 대기업과 중소기업 간 임금격차는 대기업이 사내하도급과 같은 간접고용을 활용하고자 하는 강한 유인이 되고, 결과적으로 대기업의 신규 직고용 비율을 줄이게 되어 임금수준의 양극화를 심화시키게 된다.

- 5) “2008년 고용노동부가 1,763개 사업장, 1,957천명을 대상으로 조사한 바에 따르면, 사내하도급을 활용하는 사업장 및 사내 하도급 근로자 수는 962개소(54.6%), 368천명(21.8%)이었다. 2010년 1,939개 사업장, 1,824천명을 대상으로 조사한 결과에서는, 사내하도급을 사용하는 사업장이 799 개소(41.2%), 사내하도급 근로자는 326천명(24.6%)으로 나타났다. 또한 2012년 1,895개 사업장, 1,986천명을 대상으로 한 조사에 의하면, 사내하도급을 활용 하는 사업장은 1,167개소(61.6%), 사내하도급 근로자는 389천명(19.6%)인 것으로 나타났다.” 김기선, “사내하도급의 현황과 정책과제”, 경제사회발전노사정위원회 외주화 연구회, 2017. 03. 14. 3면.

한편, 2014년부터 시행 되고 있는 고용노동부의 고용형태공시제도에 따르면 300인 이상 상시근로자를 보유하고 있는 사업주의 고용형태 중 소속 외 근로자(직접고용이 아닌 근로자)의 활용 비율은 2014년 20.1 % 2015년 20%, 2016년 19.7% 2017년 19%로 4년 간 지속적으로 20% 내외의 비율을 유지하고 있다.(2014-2017년 고용노동부 고용형태공시결과 보도자료 참조) 통계 상 사내하도급의 활용 사업장과 사내하도급 근로자의 절대적 수치는 2008년에서 2012년 사이에 지속적으로 증가해왔고, 직고용이 아닌 소속 외 근로자의 활용은 300인 이상 사업장을 기준으로 2014년부터 2017년까지 20% 내외를 유지하고 있어 사내하도급의 활용비율과 거의 유사하다. 해당 통계상의 사내하도급 내지 간접고용 중 규범적인 관점에서 위장도급으로 평가 될 수 있는 비율이 얼마나 되는지 정확히 추산하기는 쉽지 않으나, 후술하는 바와 같이 고용유연성 확보와 인건비 절감, 노조관리와 같은 노동법적 책임의 회피가 사내하도급 활용의 주된 이유가 되고 있음을 고려할 때, 직고용이 적합한 업무에 대해 책임회피를 위해 도급의 형식을 취하고 있을 가능성이 높다는 추론이 가능하고, 이런 점에 비추어 규범적 관점에서 위장도급으로 평가해야 할 사내하도급의 비중은 적지 않을 것으로 추측된다.

II. 위장도급의 정의 및 문제점

1. 위장도급의 정의

일반적으로 위장도급이라는 표현은 “사용자가 인력공급업체와 같은 수급인과 도급계약을 체결하지만, 수급인이 도급받은 업무수행을 위하여 자신이 고용한 근로자를 도급인(사용자)의 사업장에 투입하고 해당 근로자에 대한 지시·명령을 도급인인 사용자가 함으로써 그 실질이 도급이 아닌 경우(직접고용, 근로자공급 혹은 근로자파견 등)”를 의미한다.⁶⁾ 이러한 개념정의와 기본적 입장을 같이하면서도 그 개념을 보다 세분화하여 이해하려는 견해도 존재한다. 대표적인 견해로, 위장도급을 “노동법상 사용자가 저야 할 의무를 회피하기 하여 도급계약 형식을 빌어 근로관계를 은폐하고 위장하는 것”이라고 정의하면서 그 의미를 타인의 노동력 이용 관계의 유형에 따라, ① 직접근로관계를 숨기기 위한 위장도급과 ② 근로자파견관계를 숨기기 위한 위장도급으로 나누는 견해를 들 수 있다. 동 견해는 수급인의 실체성이 없는 경우, 실체성이 있으면서 도급인에게 ‘근로자 공급’을 한 경우, 실체성이 있으면서 도급인에게 근로자 파견을 한 경우를 나누어 앞의 두 종류는 직접 근로관계를 숨기기 위한 위장도급으로 마지막 하나는 파견관계를 숨기기 위한 위장도급으로 이해한다.⁷⁾ 이와 관련된 또 다른 견해는 “위장도급은 그 실질이 진정도급이 아닌데도 계약의 형식을 도급으로 정의하면서 기업 외부에서 근로자를 취하여 사용하는 노동력 사용방식을 포괄적으로 지칭하는 것”이라고 정의하면서, “위장도급에는 여러 가지 형태의 노동력 수령방식이 포함될 수 있고, 위장도급에 포함되는 여러 유형의 노동력 수령 방식 중 대표적으로 문제되는 것이 도급인이 수급인의 근로자를 실질적으로 ‘고용’하고 있

6) 김봉수, 노무도급과 위장도급, 안암법학 제39호, 2012. 355면, 배동희, 고용과 사용이 분리된 근로관계와 근로자파견의 판단기준에 관한 고찰, 노동법포럼 제2호, 노동법이론실무학회, 2009. 80면.

7) 최은배, 위장도급의 판단, 노동법연구 제31호, 2011. 9면

는 것과 같이 사용하면서도 고용의 형식을 취하지 않는 경우(근로계약 위장도급)과 실질적 고용이라고 평가할 정도는 아니지만 파견근로에 있어 사용사업주의 노무지휘에 상당하는 사용을 하는 경우(불법파견 위장도급)로 구분할 수 있다”⁸⁾고 주장한다.

위와 같은 개념 정의는 설명 상의 차이는 있지만, 위장도급을 실질적 근로관계를 은폐하기 위해 도급이라는 사법계약의 형식을 이용한 경우로 한정하여 이해한다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 이러한 개념정의는 위장도급을 ‘실질적 근로관계’를 은폐하는 수단으로만 이해하기 때문에 원청과 하청⁹⁾ 근로자 사이의 실질적 근로계약관계가 인정되는 경우는 아니지만 원청에 대하여 사용자로서의 부분적 책임을 인정하여야 할 필요성이 있는 경우를 보호의 영역으로 포섭하지 못한다는 점에서 문제점이 있다. 따라서 위장도급은 ‘실제로는 노동 법령상의 사용자로서의 책임을 부담하여야 할 지위에 있는 자가 그 책임을 회피하기 위한 목적으로 도급의 형식을 취하고 있는 것’이라고 폭넓게 정의하는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 개념 정의를 통해 도급의 형식을 이용해 사용자로서의 책임을 부당하게 회피하려는 경우는 모두 노동법적 보호필요성이 있는 ‘위장도급’의 영역에 포함된다고 보고, 합리적인 노동법적 규제 방안을 고민해 볼 필요가 있다.

2. 위장도급의 활용 원인 및 규제 필요성

8) 전형배, 대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준, 노동법학 제36호, 2010. 12. 508-509면

9) “우리 민법 제664조의 도급은 일본의 민법에서는 주문자와 청부인 사이에 청부(請負)로 규율되고 있다. 우리나라에서 원청기업과 하청업자 또는 하청계약 등으로 표현하는 것은 아마도 일본의 청부를 설명하는 민법 또는 노동법 교과서 및 관련 업계의 영향인 것으로 파악된다.” 박수근, 사내파견고용의 실태와 법적 쟁점, 노동법학 제40호, 2011. 12. 140면. 이와 같이 일본의 영향을 받은 것으로 보이는 용어를 그대로 사용하는 것은 원칙적으로 바람직하지 않고 장기적으로는 개선되어야 할 문제로 생각 되나, 본 글에서는 이해의 편의를 위해 실무상 관행적으로 사용되어 오던 해당 표현을 그대로 사용하기로 한다.

한편, 사용자들이 위장도급을 활용하는 이유는 크게 세 가지로 볼 수 있다. 첫째, 노무비용 절감이다. 대기업과 중소기업 간 임금격차가 매우 큰 상황에서 대기업은 위장도급을 활용해 중소기업이 노동력을 사용하고 자 하는 유인을 갖게 된다. 나아가 위장 도급을 활용하면 근로자 또는 노동조합과 협상할 필요 없이 협력업체에 지불할 도급의 대가를 조정하는 것만으로도 인건비 절감이 가능해진다는 점도 위장도급 활용의 유인이 될 수 있다. 둘째, 고용의 유연화다. 위장도급의 법적 구조 상 사용자는 근로자와의 관계에서 형식적으로는 고용을 포함한 어떠한 계약관계도 맺지 않으며 근로자를 직접 고용한 하청업체와 도급계약만을 맺게 된다. 따라서 사용자가 수급인과의 도급계약을 해지하는 것만으로 하청 근로자들과의 실질적 고용관계를 한 번에 정리할 수 있다. 셋째, 노동조합 관리다. 도급이라는 계약의 형식을 빌려 사용자와 근로자의 사이에 하청업체를 끼워 넣고 그 하청업체를 통해 노동조합 활동을 방해하는 것은 상대적으로 용이하고 위법을 은폐하는 효과도 얻을 수 있다.¹⁰⁾ 이와 같이 위장도급은 도급이라는 사법계약의 형식을 빌려 노동법적 규제를 회피하기 위한 목적에서 행해지고 있으며 노동시장 양극화의 주 원인이 되고 있다는 점에서 규제의 필요성이 크다.

10) 고용노동부에서 2011년에 조사한 바에 따르면, 기업이 근로자파견을 활용하는 이유로는 고용 유연성이 41.2%, 업무성격이 34.6%, 인건비 절감이 21.3%를 차지하는 것으로 나타났다. 또한 기업이 용역 및 사내하청을 활용하는 이유로는 업무성격이 40.2%, 고용유연성이 28.4%, 인건비 절감이 27.6%를 차지하는 것으로 나타났다. 고용노동부 고용차별개선과, 간접고용 실태 및 정책과제, 2013. 9. 14-15면, 김기선, 간접고용의 현황과 정책방향, 사회정책연합 공동학술대회 2014. 572-573면에서 재인용 노조의 조직력 약화는 조사과정에서 사내하도급의 활용 이유 중 하나로 답변되지는 않았다. 그러나 한국고용노동연구원의 2014년 연구결과에 따르면 노조 조직률이 일정 비율 이상 증가할 경우 간접고용의 활용이 증가하게 되는데, 이러한 사실로부터 노도가 일정 규모 이상으로 커질 경우 사용자가 노조의 조직력을 약화시키고 노동력 활용과정에서의 노조와의 충돌을 회피하기 위해 간접고용을 늘린다는 추정이 가능할 것이다.(노조 조직률이 일정 수치가 될 때까지는 노조 조직률이 상승하면서 간접고용 비정규직의 활용비율도 감소하나, 특정 수치(불균형패널 표본에서는 35.0%, 균형패널 모형에서는 35.3%)를 넘어서면 오히려 노조 조직률이 상승할수록 간접고용 비정규직의 활용이 증가한다. 김정우, “노동조합과 비정규 고용”, 한국노동연구원 2014. 102면 참조

Ⅲ. 종래의 위장도급 규제 방식과 그 한계점

법원은 종래 위장도급을 묵시적 근로계약의 범리에 의해 규제해 왔으나, 대법원이 불법과건에도 「과건근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘과건법’이라 한다)이 적용될 수 있다고 판결한 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결(이하 ‘에스코 판결’이라 한다) 이후에는 과건법을 직접 적용하고 있다. 나아가 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다 106436 판결 등을 통해 불법과건의 판단 기준을 보다 구체적으로 제시하였고, 최근 하급심 판결은 제조업을 중심으로 불법과건의 인정 범위를 확대하고 있는 추세다. 또한 집단법적 측면에서는 대법원 2010. 3. 25. 2007두8881판결을 통해 원청의 하청 근로자에 대한 지배 개입의 부당노동행위를 인정하여 원청에 집단법상 사용자로서의 지위를 인정하기도 하였다. 이와 같은 법원의 판단이 불법적인 위장도급을 규제하는데 중요한 역할을 해온 것은 사실이다. 그러나 아래와 같은 한계점 또한 존재한다.

첫째, 규제 대상이 되는 위장도급의 영역이 지나치게 협소하다. 판례에 따르면 하청업체의 독자성이 부정되어 묵시적 근로계약관계가 성립하거나 원청의 ‘지휘, 명령’으로 불법 과건이 성립되어야 개별법상 사용자로서 원청의 책임이 인정된다. 그러나 판례의 경향에 대응하여 위장도급을 활용하는 사용자 또한 법적 위험을 회피하기 위한 수단을 진화시켜 왔으며, 그 결과 오늘날 하청업체의 독자성이 부정되거나 원청이 하청 근로자에 대해 명시적으로 ‘지휘, 명령’을 하는 경우는 쉽게 발견하기 어렵다. 즉, 위장도급에 대한 판례의 규제가 위장도급의 형태를 종래의 판례에 의해 규제 받던 영역과 노동법적 보호의 대상이 되지 않는 사법(私法)관계의 중간에 위치 한 회색지대로 이동시키고 있는 것이다. 이런 현실 하에서 위장도급을 묵시적 근로계약관계나 실질적 과건관계의 인정이라는 일률적 기준에 의해 처리하는 해석은 한계를 가질 수밖에 없다. 이를 극복하기 위해 과건법이 규정한 ‘사용 사업주의 지휘·명령’의 의미를 확대하는 해석론을 시도하는 경우 과건법의 취지 및 문언의 의미를 넘어선다

는 비판에 직면하게 된다.

둘째, 법원은 위장도급을 불법과건으로 취급하면서 이를 판단하기 위한 나름의 기준을 제시하고 있으나 법적 안정성을 담보할 수 있을 만큼 그 내용이 명확하지 않다. 우선 각 기준이 매우 추상적인 평가적 개념으로 되어 있어 구체적으로 어떠한 사실이 존재할 때 불법과건으로 인정할 수 있는지 예측하기 어렵다. 뿐만 아니라 법원이 제시하고 있는 각 기준들의 관계에 대한 아무런 설명이 없어 각 기준의 상대적 중요도를 어떻게 평가하여야 하는지, 기준 중 일부만 인정 되었을 때 어떤 판단을 내려야 하는지도 알 수 없다. 또한 법원의 판단 방법을 구체적으로 들여다보면 불법과건인지 여부의 판단을 ‘민법상의 도급(진성도급)’과의 구별문제로 접근함으로써, 근로자의 보호라는 노동법적 관점에서 해석되어야 할 위장도급의 문제를 민법이 규정한 전형계약으로서의 ‘도급’에 해당할 수 있는지의 사법(私法)해석의 문제로 치환하는 오류를 범하고 있기도 하다. 그 결과 위장도급인지 여부를 판단함에 있어 민법상 도급의 범위에 대한 해석론이 개입되어 불필요한 논란을 야기하고 있다.¹¹⁾

IV. 연구의 목적

본 연구에서는 이상과 같은 문제의식에 기초하여 종래 묵시적 근로계약 관계의 성립이나 불법과건의 문제로 접근해왔던 위장도급의 법적 취급에

11) 예컨대, 도급을 불법과건으로 보아 규제할 것인지 여부를 판단함에 있어서 민법상 도급이 가능한 업무인지 여부가 쟁점이 된 사례로 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결(KTX 여승무원 사건)이 있고, 학설상으로도 위장도급의 문제를 도급계약의 전형적 요소를 구비하고 있는지에 관한 민법해석의 관점에서 접근하는 견해들이 존재한다. 대표적 논문으로, 김봉수, “노무도급과 위장도급”, 안암법학 제39호 2012. 335-399면 참조. 해당 논문에서는 “도급계약의 특징적 표지를 가지고 해당 법률관계가 민법상 진정한 의미의 도급인지 아니면 위장도급인지를 판단하여야 하며, 사용종속성 내지 지휘명령의 표지를 가지고 당해 법률관계를 검토하는 것은 위와 같은 판단이 이루어진 후 보충적으로 행해지는 것이 바람직하다”고 주장한다. 그러나 민법상 도급계약으로서의 성질을 지니는지 여부와 노동법적 규제의 필요성이 있는지의 문제는 별개의 차원에서 접근하여야 한다는 것을 본 연구를 통해 주장하고자 한다.

관한 해석론을 전면적으로 재검토 하고자 한다. 이러한 재검토를 통해 위장도급은 불법파견보다 더 넓은 개념으로 이해해야 한다는 점을 주장하고, 노동법적 보호의 필요성에 따라 위장도급을 유형화 하여 그 개별 유형에 대한 판단 기준과 구체적 보호 방안을 맞춤형으로 제시하고자 한다.¹²⁾ 나아가 판례가 불법파견인지 여부를 판단하기 위해 제시한 기준을 ‘사용종속관계’라는 근로자성 표지의 본질을 기초로 ‘예측가능성 확보’라는 관점에서 재정립할 것이다.

이와 같은 작업을 통해 노동법상 보호 필요성이 있는 위장도급을 법의 규율 대상으로 포섭하고 기존 판례법리가 가지고 있던 한계점인 법적 안정성의 문제를 해소하는 것이 본 연구의 목적이다.

제 2절 연구의 범위 및 방법

I. 개요

본 연구를 통해 주장하고자 하는 내용을 본격적으로 전개하기에 앞서 우선 종래의 판례와 학계에서의 논의를 분석하고 그 한계점을 검토할 것이다. 그 이후 위장도급 중 노동법의 보호 대상으로 삼아야 할 영역을 유형화해본 후 그 유형 별 판단 기준 및 구체적 보호에 관한 해석론을 전개하고자 한다. 마지막으로 해석론을 기초로 입법적 개선이 필요한 부분을 정리하여 구체적인 입법안을 제시할 것이다.

II. 종래의 판례와 학계에서의 논의의 검토 방법 및 범위

종래 판례의 분석은 위장도급의 법적 취급방법에 근본적인 변화를 가져

12) 다만, 본 논문의 연구 대상은 ‘개별법적 근로관계에서의 보호방안’이므로 하청 근로자들이 원청에 대하여 노동3권을 주장할 수 있는지 여부를 다루는 단체법적 논의에 대한 검토는 본 연구의 목적 범위에서 제외한다.

온 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결을 기준으로 그 전후 시간의 흐름에 따라 주요 판결들을 선별하여 시간 순서에 따라 정리하고 그 법적 의미를 평가하는 방법에 의할 것이다. 다만 종래 판례 중 불법과건의 판단 기준에 관한 세부적인 판례들은 위장도급의 법적 취급방법 자체에 대한 것이 아니라, 위장도급 중 불법과건에 해당하는 유형의 판단기준에 대한 논의에 국한된 것임을 고려하여, 종래의 논의에서 다루지 않고 불법과건의 판단기준에 관한 새로운 방법을 제시하는 부분에서 함께 검토하기로 한다.¹³⁾

종래 학계에서의 논의는 불법과건을 과건법에 의해 규율할 수 있다고 판단한 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결이 등장한 이후에 판례에 대한 평가를 중심으로 본격화된 점을 고려해, 2008년을 기준으로 현재까지 이루어진 연구 성과를 검토의 대상으로 삼기로 한다. 또한, 위장도급의 법적취급에 관한 종래의 논의 중 불법과건의 판단기준에 관한 부분은 ‘종래 판례의 분석’에서와 같은 이유로 위장도급의 법적 취급에 관한 종래의 논의 부분에서 다루지 않고 불법과건의 판단기준에 관한 새로운 방법을 제시하는 부분에서 함께 검토할 것이다.

한편, 해외에서의 판례와 관련 논의를 연구에 반영하기 위해서는 우리나라와 해외의 법제상 차이점에 대한 비교 검토가 선행되어야 하는데 법제의 비교검토는 본 논문에서 연구하고자 하는 범위를 벗어나므로 다루지 않는다. 다만, 종래 판례와 국내 학계에서의 논의를 이해하기 위하여 필요한 경우에는 필요한 범위에서 한정적으로 검토하기로 한다.

13) 해당 내용은 형식적으로는 종래의 논의로 분류하는 것이 타당하지만 불법과건의 판단기준이라는 하나의 주제에 대한 통합적인 서술을 위하여 위와 같은 방법을 취하기로 한다.

III. 새로운 접근에 관한 검토 방법 및 범위

위장도급의 법적 취급에 관한 새로운 접근 방법의 제시는, 노동법적 보호의 대상이 되는 영역¹⁴⁾을 기준으로 노동법적 보호가 대상이 되는(혹은 될 필요가 있는) 위장도급을 유형화 하는 방법으로 검토하고자 한다. 유형화 이후에는 그 유형별로 개별적 적용요건과 법률효과를 제시할 것이다.

한편, 본 논문을 통해 제시하고자 하는 위장도급에 대한 새로운 접근 방식에는 ‘위장도급’과 별개의 주제로 기존에 논의되었던 사항이 일부 포함되어 있는데, 이러한 서술은 종래의 논의와 새로운 논의를 구분하여 서술하는 본 논문의 형식에 부합하지 않는 측면이 있다. 그러나 위장도급을 유형화하여 접근하는 본 논문의 특성 상 개별 유형에 특수한 종래의 논의 부분은 해당 유형에 대한 새로운 논의를 전개하면서 통합하여 서술해야 글의 이해도를 높일 수 있는 점, 종래 논의 중 위장도급과는 별개의 논의로 다루어진 내용은 위장도급에 관한 종래의 논의로 분류하기 곤란하다는 점 등을 고려해 종래의 논의로 분리 서술하지 않았다.

IV. 입법론적 제안의 방법 및 범위

논문의 마지막 부분에서는 위장도급의 법적 취급에 관한 새로운 접근에서 도출된 해석론을 기준으로 입법적 개선이 필요한 법률을 특정한 후 새로운 입법안 또는 기존 법률안의 개정 방안을 그 시안을 포함하여 구체적으로 제시할 것이다.

14) 노동법의 보호 대상이 되는 영역은 전통적인 구분 방식에 따라 개별법의 영역, 산업안전의 영역, 집단법의 영역으로 3분한 뒤, 다시 개별법적 보호의 영역은 개별적 근로관계에서의 사용자로서의 책임을 전부 인정해야 할 수 있는 경우와 부분적 책임만을 인정할 수 있는 경우로 구분하기로 한다. 단, 집단법의 영역은 본 연구의 목적에서 벗어나므로 검토의 범위에서 제외한다.

제 2장 위장도급의 법적 취급에 관한

종래 논의의 검토

제 1절 서설

서문에서 언급한 바와 같이 위장도급은 ‘실제로는 노동관계법령상의 사용자로서의 책임을 부담하여야 할 지위에 있는 자가 그 책임을 회피하기 위한 목적으로 도급의 형식을 취하고 있는 것’을 말한다. 따라서 ‘위장도급의 법적 취급’에 대한 논의의 핵심은 ‘도급’이라는 사법 계약을 빌려 노동법적 규율을 회피하려는 자에게 사용자로서의 책임을 추궁할 수 있는 방법을 모색하는 데에 있다. 이에 대해 종래의 논의는 주로 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 인정하기 위한 법적 근거를 찾는 데 초점이 맞춰져 있었다. 그 구체적 내용으로는 묵시적 근로계약관계의 성립 인정과 파견법의 적용을 통해 해결하려는 견해가 있으며, 파견법의 시행에도 불구하고, 불법파견은 여전히 ‘직업안정법’ 상의 근로자 공급사업에 의해 규율된다고 보면서 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계가 직접 성립한다고 보는 견해도 유력하게 주장 되고 있다. 판례는 서문에서 언급한 바와 같이 2008년 예스코 판결 이후에는 파견법을 적용하여 해결하는 입장을 일관되게 유지하고 있다. 또한 최근에는 원청과 하청 사이의 관계를 공정거래법이나 하도급법과 같은 경제법에 의해 규율함으로써 간접적으로 하청 근로자를 보호하는 방안이나, 균등대우 내지 차별금지 원칙을 근거로 하청 근로자를 보호하고자 하는 방안도 논의되고 있어 그 실효성에 대해 검토해볼 필요가 있다.

제 2절 위장도급의 법적 취급에 대한 판례의 태도

I. 묵시적 근로계약관계의 법리를 적용한 판례(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두 22320판결 이전의 태도)

파견법은 1998. 2. 20. 법률 제5512호로 제정되어 같은 해 7.1. 최초로 시행되었는데 그 이전의 판결들은 묵시적 근로계약관계의 법리를 기초로 위장도급의 문제를 해결하여 왔으며, 이런 경향은 파견법 시행 이후에도 한동안 유지되었다. 파견법이 시행된 이후에도 기존의 해석론이 지속된 이유는 불법파견에 대해서도 구 파견법상의 고용간주 규정이 적용될 수 있는지 여부가 분명하지 않았기 때문이다. 묵시적 근로계약관계의 법리를 현재와 같은 형태로 확립한 사건은 1999. 11. 12. 선고된 경기화학공업주식회사의 부당노동행위구제재심판정취소 사건(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결)이다.¹⁵⁾ 동 판결에서는 원고용주와 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 직접적 성립을 인정하기 위해서는 “원고용주(하청)는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자(원청)의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자(원청)와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 할 것이다.”라고 판시하였다.

위 판결에서 묵시적 근로계약관계의 성립이 인정되기 위하여 제시하고 있는 기준은 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 앞부분의 “원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니할 것”은 원고용주의 ‘사업주로서의 실체성’을 문제 삼는 것이다.¹⁶⁾ 뒷부분

15) 박제성 외 4인, 사내하청 노동관계의 법해석론, 한국노동연구원, 2015. 12. 19-20면

의 “사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자”라는 부분은 근로관계의 핵심 표지인 ‘업무상, 경제상 종속성’을 표현한 것으로 해석된다.

위와 같은 법리는 모회사와 자회사 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정한 2003년의 ‘SK-인사이트 코리아 부당해고구제재심판정 취소사건’과 위법한 근로자공급의 사법적 효과와 묵시적 근로계약관계의 성립이 쟁점이 되었으나 위법한 근로자 공급에 따른 근로관계의 성립과 묵시적 근로계약관계의 성립이 모두 부정되었던 2004년의 ‘아시아나 항공 외국인 조종사 퇴직금 청구 사건’ 등에서도 그대로 적용되었다. 특히 ‘SK-인사이트 코리아 사건’의 경우 원청과 하청이 모자회사로서 하청의 법인격이 형식적인 것에 불과하다고 판단하면서 ‘사업주로서의 실체성’을 중요한 판단 기준으로 활용하였다는 점¹⁷⁾에 특징이 있으며¹⁸⁾, 그 논거로 “참

16) 이에 대해서는 ‘사업주로서의 실체성’ 유무는 원청과 하청 근로자의 고용관계를 판단하기 위한 요소가 될 수 없다는 비판이 존재하는 바, 상세한 내용은 후술한다.

17) 동 판결에서 인사이트 코리아의 사업주로서의 실체성을 부정하기 위해 인정한 사실관계는 다음과 같다. “① 인사이트 코리아는 참가인의 자회사로서 형식상으로는 독립된 법인으로 운영되어 왔으나 실질적으로는 참가인 회사의 한 부서와 같이 사실상 경영에 관한 결정권을 참가인이 행사하여 왔고, ② 참가인이 물류센터에서 근로할 인원이 필요한 때에는 채용광고 등의 방법으로 대상자를 모집한 뒤 그 면접과정에서부터 참가인의 물류센터 소장과 관리과장 등이 인사이트 코리아의 이사와 함께 참석한 가운데 실시하였으며, ③ 원고들을 비롯한 인사이트 코리아가 보낸 근로자들에 대하여 참가인의 정식 직원과 구별하지 않고 업무지시, 직무교육실시, 표창, 휴가사용 승인 등 제반 인사관리를 참가인이 직접 시행하고, ④ 조직도나 안전환경 점검팀 구성표 등의 편성과 경조회의 운영에 있어서 아무런 차이를 두지 아니하였으며, ⑤ 그 근로자들의 업무수행능력을 참가인이 직접 평가하고 임금인상 수준도 참가인의 정식 직원들에 대한 임금인상과 연동하여 결정하였다.”

18) 묵시적 근로계약관계의 법리가 사업주로서의 실체성을 중요한 판단기준으로 삼았기 때문에 종래 위장도급의 법적 취급에 관한 판단의 방법에 대해 하청의 사업주로서의 실체성이 인정되는지 여부를 먼저 검토한 후 실체성이 부정되면 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하고, 실체성이 인정되면 그 이후 원청의 하청 근로자에 대한 업무상 지휘명령 인정여부를 검토해 파견인지 여부를 판단하는 구조로 소개하는 견해가 있다. 예컨대, 최은배, 위장도급의 판단, 노동법연구 제31호, 2011. 9. 25면 그러나 후술하는 현대미포조선 사건에서는 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하면서 하청의 사업주로서의 독립성을 주된 판단 기준을 삼지 않고 있다는 점에서, 하청의 실체성만을 기준으로 묵시적 근로계약관계의 법리로

가인은 '위장도급'의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 인사이트 코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과"하다고 판시하여, '법인격 부인의 법리'를 취한 것으로 보이는 표현을 사용한 점은 주목할 필요가 있다.

묵시적 근로계약 성립에 관한 또 다른 판결인 2008년의 현대미포조선 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결, 이하 '현대미포조선 판결'이라 한다)은 기존 판결례들과 달리 '사업주로서의 실체성'보다는 '근로관계지휘 명령관계와 기본적 관계의 존재'에 더욱 중점을 두고 판단했다는 점에서 묵시적 근로계약관계의 법리를 완성한 판결로 평가 받는다¹⁹⁾. 해당 사건의 원심은 '사업주로서의 실체성'이라는 요건을 중요한 기준으로 실시 한 SK-인사이트 코리아 사건을 염두에 두고, 제3자(원청)와 원고용주(하청)의 '지배구조 관련성의 부재'를 근거로 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정하였다. 그러나 대법원은 자본관계에 따른 수급업체의 독자성 인정여부와 무관하게 근로관계의 존재를 보여주는 사실들에 집중하여²⁰⁾ 묵시적 근로계약관계의 성립을 긍정하였다. 이 때문에 "현대미포조선 판결은 사내하도급관계의 변화 즉 자본의 연결과 경영의 지배를 근간으로 하던 초기의 모습에서 벗어나 수급업체에 자본과 경영상 일정한 독립성이 확보되는 최근의 모습으로의 변화를 법원이 능동으로 수용하고 있음을 보여주는 것"이라고 평가 받고 있다.²¹⁾

규율할 것인지 파견법으로 규율할 수 있는지 결정된다는 설명은 지나치게 도식적인 것으로 보인다.

19) 박제성 외 4인, 사내하청 노동관계의 법해석론, 한국노동연구원, 2015. 12. 15면

20) 동 판결은, ① 근로자에 대한 채용 승진, 징계 등 인사에 대한 실질적 권한을 원청이 행사한 점 ② 작업량 작업방법 작업순서 결정 및 고용사업주 소속 책임자를 통한 구체적 작업지시 등 근로자에 대한 직접적인 지휘감독권을 행사한 점 ③ 근로자들의 임금 등 제반 근로조건에 대한 실질적 영향력 행사한 점 등 근로관계의 표지에 집중하여 판단하였고, 기존 판결례에서 중점적으로 판단하였던 '사업주로서의 실체'와 관련해서는 사업에 필요한 독자적 장비를 갖추지 못하고, 근로자의 교육 및 훈련 등에 필요한 사업경영상 독립적인 물적 시설이 없다는 점만을 간단하게 실시하였다.

21) 강성태, 사내하도급 삼부작 판결의 의의, 노동법학 제35호, 2010. 9. 6-13면

II. 파견법을 적용한 판례 (대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두 22320판결 이후의 태도)

판례가 묵시적 근로계약관계의 법리에 따라 원청과 하청 근로자의 근로계약관계 성립 여부를 검토하던 기존 입장에서 벗어나 파견인지 여부를 문제 삼기 시작 한 분수령이 된 사건은 ‘에스코 판결’로 불리는 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결이다. ‘에스코 판결’은 도시가스 업체인 에스코에서 2000년부터 2005년까지 일했던 근로자가 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였다가 “근로자들과 사용사업주인 극동도시가스(주)간의 파견근로는 파견대상 업무 및 파견허용 기간을 위반한 불법파견근로에 해당하여 고용의제 규정을 적용할 수 없고, 파견기간 종료 후 임의로 1년 단위 근로계약을 체결하고, 계약기간 만료에 따른 계약갱신을 거절한 것을 일방적인 근로계약 해지로 볼 수 없다”는 이유²²⁾로 기각당한 후 중앙노동위원회위원장을 피고로 하여 구제신청기각 처분의 취소를 구한 사건이다. 1, 2심에서는 노동위원회와 마찬가지로 불법파견을 인정하면서도 파견이 허용되지 않는 업종에 파견을 한 불법파견의 경우에는 파견법이 적용될 수 없음을 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 그러나 대법원은 다음과 같은 근거를 들어 원심판결을 파기하였다.

“① 파견근로자보호법 제6조 제3항은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 … 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정하고 있을 뿐 근로자파견이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있는 경우라거나 또는 파견근로자보호법 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 그 고용간주의 요건으로 들고 있지 않다. ② 파견 근로자보호법은 위에서 살펴본 바와 같이 제6조 제1항, 제2항에 파견업무에 따라 그 기간을 달리 정하여 근로자파견기간의 제한에 관한 규정을 두고, 제3

22) 중앙노동위원회 홈페이지 (www.nlrc.go.kr 2017. 11. 13. 마지막 방문) 판정요지를 인용하였음

항에 직접고용간주 규정을 둠으로써 위 직접고용간주 규정에 의한 사용사업주와 파견근로자간의 고용성립의제는 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반한데 따른 것임을 분명히 하고 있다. 이러한 직접고용간주 규정의 문언과 체계 및 그 입법 취지 등을 종합하여 보면 위 규정은 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 할 것이다. ③ 직접고용간주 규정이 제5조 제1항에서 정한 근로자파견 대상 업무에만 한정되어 적용된다고 해석해야 한다는 입장은 고용의제에 필요한 근로계약관계의 존속기간과 근로자파견의 최대기간이 2년으로 동일하다는 점에 근거하고 있는 것으로 보이나 고용의제에 관한 제6조 제3항의 규정이 근로자파견의 최대기간을 2년으로 정한 제6조 제1항의 바로 뒤에 위치하지 않고, 예외적이고 특정한 사유가 있는 경우²³⁾ 절대적 파견 금지 업무가 아닌 이상 파견을 허용하면서 그 사유가 해소될 때까지 파견을 허용하는 제6조 제2항 뒤에 위치한 것에 비추어보면 그와 같은 논거는 타당하지 않다. ④ 또한, 직접고용간주 규정이 적법한 근로자파견에만 적용된다고 보면, 파견근로자보호법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 오히려 직접고용성립 의제의 부담을 지지 않는 결과가 되어 법적 형평에 어긋나고, 특히 위 제5조 제1항에 정한 근로자파견 대상업무에 해당하거나 같은 조 제2항에 정한 근로자파견사유가 있기만 하면, 위 제7조에 의한 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 형사처벌을 받지 아니하게 되는데(제44조 제1호), 이 경우 사용사업주가 직접고용간

23) 출산·질병·부상 등으로 결원이 생겨 그 사유의 해소에 일정한 기간이 필요한 경우, 일시적·간헐적으로 인력을 확보할 필요가 있는 경우가 이에 해당한다. (파견법 제5조 제2항)

주 규정조차도 적용을 받지 아니한다면 사용사업주로서는 당연히 근로자 파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견을 받는 쪽을 더 선호하게 될 것이므로, 파견근로자보호법에 위반하는 행위를 조장하고 근로자파견사업 허가제도의 근간을 무너뜨릴 염려가 있으므로 타당하지 않다.”

위 판결은 불법파견의 경우에도 파견법이 적용된다는 점을 분명히 하여 위장도급의 법적 취급 방식에 근본적 변화를 주었으며, 위 판결 이후 비로소 위장도급이 문제된 사건들에서 실질적 파견관계의 성립여부가 핵심 쟁점이 되었다.

III. 소결론

판례는 파견법 시행 이전에는 묵시적 근로계약관계의 법리에 의하여 위장도급관계를 규제하여 오다가, ‘에스코 판결’ 이후에는 파견법을 직접 적용하고 있다고 평가할 수 있다. 다만, 묵시적 근로계약관계의 법리가 파견법 적용에 의해 폐기된 것은 아니다. 예외는 있으나, 실무상 위장도급이 쟁점이 된 사안에서 원고는 주위적으로는 요건이 더 까다로운 묵시적 근로계약관계를 주장하는 것이 일반적이고 법원도 원고의 주장에 맞춰 묵시적 근로계약관계의 성립을 먼저 검토한 후 실질적 파견관계의 성립을 판단하고 있다. 그러나 판례가 파견법을 적용하기 시작한 이후에는 묵시적 근로계약관계가 인정된 경우가 없고 파견관계의 인정 여부에 집중하여 심리가 이루어지고 있는 상황이다.

제 3절 종래 논의의 검토

I. 묵시적 근로계약관계의 법리

1. 의의 및 문제점

‘묵시적 근로계약관계의 법리’는 원청과 하청 근로자 사이의 직접적 근로계약관계를 인정하기 위한 판례 법리로서, 앞서 설명한 것처럼 하청의 ‘사업주로서의 실체 부존재’와 원청과 하청 근로자 간의 ‘업무적, 경제적 종속관계의 존재’라는 사실이 있으면 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약 성립을 인정한다. ‘묵시적 근로계약관계의 법리’는 불법과건의 법률관계²⁴⁾에서 원청과 하청 근로자 간의 근로계약관계의 성립과 관련된 법적 효과에 대한 명시적 규정이 존재하지 않는 경우²⁵⁾ 또는 미흡하게 규정된 경우²⁶⁾에도 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 직접적 성립을 인정할 수 있는 이론적 근거가 된다는 점에서 특별한 의미가 있다.

‘묵시적 근로계약관계의 법리’는 일본에서 논의되었던 위장도급 관계에서의 ‘직접 근로계약관계의 성립’ 논의에 영향을 받은 것으로 보이므로²⁷⁾

24) 하청이 근로자와 근로계약을 체결하고 있지만 근로자와의 실질적인 사용종속관계는 원청과의 관계에서 성립되어 있는 형태의 위장도급을 말한다.

25) 우리나라의 경우 ‘에스코 판결’ 이전까지는 법원이 불법과건에 파견법이 적용될 수 없다고 해석해왔기 때문에 법원의 해석에 따르면 불법과건의 사법적 효과를 규율하는 명시적 법률이 없는 상태였다. 불법과건이 파견법의 적용 대상이 아니라면 직업안정법상의 근로자공급사업의 일종으로 보아야 하는데 직업안정법은 위법한 근로자공급사업에서의 근로자를 공급 받는 자와 근로자 사이의 고용관계에 관한 사법적 효과에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다.

26) 예컨대, 구 파견법과 같이 2년을 초과하여 근로하여야 고용의제의 효과를 인정하는 경우

27) 다수의 일본 판결은 위법한 근로자 공급이나 파견에 해당한다고 하여 이를 이유로 사용사업주와 파견근로자 사이에 묵시에 의한 근로계약이 성립했다거나 사용사업주에게 파견근로자를 직접 고용해야 하는 사법상의 의무가 발생한다고 볼 수는 없다는 태도를 취하고 있다. 고용노동부, 외국의 사내하도급 파견 현황 및 제도 실태조사, 2010, 122면. 이런 이유로 일본에서는 ‘파견과 도급의 구분’이 주된 쟁점이 되는 우리나라와 달리 원청과 하청 근로자 사이의 직접 근로계약관계 성립의 법리가 근로자 보호와 관련된 주된 쟁점이 된다. 우리 법원도 ‘에스코 판결’ 이전에는 불법과건에 파견법이 적용되지 않는다고 보면서 위법한 근로자공급의 사법적 효과로서 원청과 하청 근로자의 직접 근로계약관계의 성립도 부정하는 입장(대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130,56147 판결)이었기 때문에 원청과 하청 근로자 사이의 직접 근로계약관계를 인정하기 위한 법적 근거를 확보하는 것이 주된 문제였고, 그 과정에서 일본의 ‘직접 근로계약관계’ 성립에 관한 일본의 판례법리에 영향을 받은 것으로 추측해 볼 수 있다. 일본 판례법리가 우리 법

그 의미를 정확히 이해하기 위해서는 일본의 관련 논의를 살펴보는 것이 참고가 될 수 있다. 한편, 우리나라에서는 이에 대한 논의가 주로 판례에 대한 평가를 중심으로 이루어져왔다. 이하에서는 일본과 국내에서의 관련 논의²⁸⁾를 간단히 살펴보고, ‘묵시적 근로계약관계의 법리’가 가진 법적 의미와 한계점에 대해 검토해보고자 한다.

2. 직접적 근로계약관계의 성립에 관한 일본에서의 논의

가. 묵시적 근로계약관계설

당사자 쌍방에게 근로계약을 체결할 의사가 있고, 또한 그것이 어떠한 형태로 외부에 표시되고 있을 것 즉 외형적 사실로부터 계약체결 의사를 추인하는 것이 가능한 경우 묵시적인 근로계약이 된다는 이론이다. 다수의 일본의 판례가 기초하고 있는 입장이다. 이에 따르면 사실상의 종속관계의 존재에 더하여 사업장 내 하청 근로자가 도급사업주를 사용자로 인식하여 이에 대해 노무를 제공할 의사를 갖고, 도급사업주도 사업장 내 하청 근로자를 근로자로 인정하고 이에 대해 임금을 지급할 의사를 갖는다고 추인하기에 충분한 사정이 있어야 한다.²⁹⁾³⁰⁾

원에 영향을 주었다는 점은 후술하는 후쿠오카 고등법원의 ‘사가 텔레비전 사건’의 판시 내용과 우리 법원의 묵시적 근로계약관계의 법리를 비교해보면 비교적 명확히 드러난다.

28) ‘묵시적 근로계약관계설’은 일본에서 논의된 원청과 하청 근로자 간의 ‘직접적 근로계약관계 성립’에 관한 이론 중 하나이다. 묵시적 근로계약관계의 의미와 장, 단점을 정확히 이해하기 위해서는 ‘직접적 근로계약관계 성립’의 근거에 대한 일본에서의 대표적 논의들을 전체적으로 조감해 볼 필요가 있다.

29) 小室豊允, “使用者概念と労働者派遣”, 総合労働研究所, 1986. 126면, 박은정, “일본에서의 위장도급 문제에 관한 논의에 대한 검토”, 법학논집 15권 4호 2011. 220면에서 재인용

30) 이와 달리 묵시적 근로계약설을 취하면서도, 사실상의 사용종속관계 자체로부터 당사자 간의 근로계약 체결의 묵시적 의사가 객관적으로 추인된다고 하는 견해(객관적 묵시의 근로계약설, 高木紘一, “社外工。下請労働者の雇用實態と労働法上の地位”, 季刊労働法 110号, 総合労働研究所, 1978. 49면. 萬井隆令, 労働契約締結の法理, 有斐閣, 1997. 250면에서 재인용. 박은정, “일본에서의 위장도급 문

나. 사실적 근로계약관계설

자본주의의 발전, 독점기업의 성립·거대화과 함께 “계약에서의 자유의사의 비중이 현저하게 저하되고, 계약이 물화되는 경향”에 있고, 그러한 사정에 따라 “계약을 성립시키고자 하는 양 당사자의 의사의 합치가 존재하지 않더라도 계약이 유효하게 성립·존재하고 있는 경우와 같은 사회 유형적 관계 또는 용태가 객관적 사실로서 존재하면, 계약이 유효하게 성립하여 존재하고 있는 경우와 같은 법적 효과를 여기에 부여한다”라는, 독일에서 발생한 ‘사실적 계약관계개념’³¹⁾으로부터 시사를 받아, 전통적인 ‘의사론’을 중심으로 한 계약법리를 재검토해야 한다는 견해다. 동 견해에 따르면 당사자가 처음 가졌던 형식적인 계약의사와는 상관없이 사용종속관계의 존재라는 사회적 사실로써 근로계약이라는 법적관계를 인정할 수 있다.³²⁾

다. 편면적 사실적 근로계약관계설

어떠한 ‘법 형식’을 취하건 간에 근로계약으로부터 발생하는 관계와 동일시 할 수 있는 사용종속관계를 형성·존속시킨 이상, 법령위반 등의 경우를 제외하고, 거기에는 근로계약관계의 존재가 추정되고 근로자는

제에 관한 논의에 대한 검토”, 법학논집 15권 4호 2011. 221면에서 재재인용)도 존재하는데 사용종속관계만으로 당사자의 묵시적 계약체결 의사를 의제하는 입장으로서는, 관념적으로 ‘묵시적 의사’를 의제한다는 점에서만 차이가 있을 뿐 직접적 근로계약관계 성립의 인정 요건 및 효과의 측면에서는 후술하는 ‘사실적 근로계약관계설’과 동일하다.

31) 독일에서 발생한 ‘사실적 계약관계 개념’은 독일의 하우프트(Haupt) 교수에 의해 주장된 계약성립이론으로 “오늘날의 법적 거래에 있어서는 청약과 승낙에 의하지 않고 사실적 과정에 의해 성립하는 계약관계가 존재 한다”고 본다. 이러한 전제하에, “무효인 고용계약에 기하여 노무가 사실상 제공된 경우”에는 “공동체관계에의 가입에 의한 사실적 계약관계의 유형에 해당하여 고용계약관계가 성립되는 것”으로 보고 있다. 송덕수, “신민법강의 제5판”, 박영사, 2012. 1113-1115면

32) 萬井隆令, “勞働契約締結の法理”, 有斐閣, 1997. 249면, 박은정, “일본에서의 위장도급 문제에 관한 논의에 대한 검토”, 법학논집 15권 4호 2011. 222면에서 재인용

근로계약관계의 존재를 주장할 수 있으며, 수급사업주(원청)³³⁾는 이에 대하여 근로계약의 체결에 관한 의사의 부존재를 이유로 항변할 수 없다는 견해다. 동 견해와 ‘사실적 근로계약 관계설’의 차이점은 근로자의 의사를 무시하고 사용종속관계의 존재라는 사실로부터 근로계약의 성립을 인정해야 하는 것은 아니며, 사실적 근로관계의 존재를 근거로 근로계약의 존재를 주장할 수 있는 자는 근로자에 국한된다는 점을 분명히 하였다는 것에 있다. 즉 근로자는 공급사업주(하청), 수급사업주(하청) 모두에 대하여 편면적으로 근로계약관계의 존재 확인과 그에 기초한 의무의 이행을 청구할 수 있으므로, 현실적으로 누구에 대하여 청구할 것인지는 근로자의 선택에 맡겨지게 된다.³⁴⁾

라. 사가텔레비전 판결(福岡高判 昭58년6月7日)에서 제시된 법리

사가텔레비전 사건은 일본에서 묵시적 근로계약관계의 성립기준을 제시한 리딩 케이스로 평가되는 판결이다. 동 사건에서는 묵시적 근로계약관계의 성립을 위한 기준으로 “근로계약이라 할지라도 묵시적 의사의 합치에 의하여 성립할 수 있기 때문에 사업장 내 도급근로자와 같이 외형상 모기업의 정규 근로자와 거의 차이가 없는 형태로 근로를 제공하고, 따라서 도급사업주와의 사이에 사실상의 사용종속관계가 존재하며, 또한 하도급사업주가 기업으로서의 독자성을 갖지 않는다거나, 기업으로서의 존재가 형식적·명목적인 것에 불과하고, 도급사업주가 도급근로자의 임금 기타 근로조건을 결정하고 있다고 인정해야 할 사정이 존재하는 때에는 도급근로자와 도급사업주와의 사이에 근로계약이 체결된 것으로 인정해야 할 여지가 있음은 말할 것도 없다.”라고 판시하여 우리 법원이 제

33) 위장도급의 원청-하청-하청근로자의 3면 관계에서의 원청을 의미한다. 원청과 하청 간 체결되는 도급계약을 기준으로 원청은 용역을 제공 받는 자라는 의미에서 ‘수급사업주’, 하청은 용역을 제공하는 자라는 의미에서 ‘공급사업주’로 표현한 인용대상 문헌의 기재를 그대로 인용하였다.

34) 萬井隆令, “勞働契約締結の法理”, 有斐閣. 1997. 251면, 박은정, 일본에서의 위장도급 문제에 관한 논의에 대한 검토, 법학논집 15권 4호, 2011. 223면에서 재인용

시하고 있는 ‘묵시적 근로계약관계의 법리’와 상당한 유사성을 보인다. 또한 해당 판결에서는 원청과 하청 근로자 사이의 일정한 사용종속관계를 긍정하면서도 하청이 자본상으로나 인적으로 완전히 독립된 기업으로서 근로자들에 대한 채용, 임금 기타의 근로조건에 대한 결정권을 갖고 있었고, 인사권 또한 하청이 가지고 있었으며 위탁업무에 대한 도급대금의 근로자들의 수나 근로시간과 관계없이 지급 되었다는 점 등을 근거로 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정하였는데³⁵⁾, 하청의 실체성 유무를 중점적인 판단요소로 하여 묵시적 근로계약관계의 성립 여부를 판단해온 우리 판례의 태도와 유사성이 있다.

반면 고재판결의 원심³⁶⁾은 이와 달리 하청의 실체성이 부정되지 않음에도 불구하고, 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계를 근거로 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 인정하였다. 동 판결에서는 그 근거로 “...말할 필요도 없이 헌법은 국민의 생존권 기본권을 범하게 보장하고 그 중에 근로의 권리가 규정되어 있다. 이들에게서 읽어 낼 수 있는 헌법의 이념과 정신은 사인간의 법률관계를 규율함에 있어서도 존중되고 지도이념으로 받아들여져야 한다. 그런데 전통이고 고전적인 계약이론 즉 의사표시이론은 자유, 평등, 독립된 법주체인 사인간의 교섭을 전제로 하고 있는 반면 현실 사회에서의 노무 공급 계약의 법주체인 사인 간에는 결코 이러한 전제관계가 존재하지 않는 경우가 압도적이다. 이렇듯 사용자와 근로자의 역관계에 차이가 존재하는 경우 이를 무시하는 것은 상당하지 않다. 게다가 이 역관계에서 우위에 있는 사용자(측)에게 직안법 44조 위반과 부당노동행위적 요소가 있는 경우, 사용자가 갖는 사회적, 도의적 책임과의 관련에서 근로자의 생존권이 보다 보장되는 방향으로, 바꾸어 말하면 사용자의 사회 도의적 책임이 올바르게 추급되고

35) 박은정, 일본에서의 위장도급 문제에 관한 논의에 대한 검토, 법학논집 15권 4호 2011, 207-208면

36) 사가텔레비事件·佐賀地裁·1980·9·5 勞判 352-6, 최석환, 위장도급을 둘러싼 일본 노동법의 대응 - 파나소닉 PDP 판결에 대한 일련의 평석들을 중심으로 -, 노동법연구 31호, 2011. 9. 143면에서 재인용

부정이 시정되는 방향으로 전통인 의사표시이론이 수정되는 것이 타당하다고 인정되는 경우도 있을 것이다”라고 판시³⁷⁾하였는데, 이러한 판단은 근로자의 생존권 보장이라는 목적론적 시각의 관점에서 주문자와 근로자의 사실상의 사용종속관계를 중시하여 묵시적 근로계약의 존재를 도출해내는 논리구성으로 “의사표시이론의 규범적 수정”이라 평가되었다.³⁸⁾³⁹⁾

3. 묵시적 근로계약관계의 법리에 관한 국내의 논의

가. 묵시적 근로계약관계설의 법적 성격에 관한 견해

묵시적 근로계약관계의 법적 성격과 관련하여, 동 법리가 일본에서 유래되었다는 입장에서 “(일본의) ‘묵시적 근로계약설’에 터 잡은 것이라고 평가할 수 있다.”고 하면서도 “판례가 근로자와 도급인과 사이에 형식과 명목에 불과한 근로계약이 있을 뿐이고, 도급인에게 노무를 제공하고, 도급인은 근로자에게 임금을 지급한다는 객관적인 용태에서 묵시적 근로계약관계를 인정할 수 있음을 명시적으로 배제하지 않았고, “...종속적인 관계에 있으며, 임금을 지급하는 자가 도급인이고, 근로제공의 상대방도 도급인이라는 점”이라는 표현을 사용했다는 점에서 사실적 근로계약관계설을 명시적으로 배척하고 있다고 단언하기도 어렵다.”는 평가⁴⁰⁾가 있다.

나. 묵시적 근로계약관계의 성립요건상의 문제점을 지적하는 견해

37) 최석환, 위의 논문, 143-144면

38) 山口浩一郎, “判例評釋(273号)”, 「判例時報」 제1013호, 判例時報社, 1981, 47면, 최석환, 위의 논문, 144면에서 재인용

39) 동 하급심 판결에 대해서는 직업안정법상 금지되는 노무공급(일본 직업안정법 제44조)에 해당하는지 여부를 묵시적 근로계약관계 성립의 핵심으로 파악하였다는 평가가 있다. 이정, 일본의 도급과 파견의 판단기준, 노동법포럼 제11호 노동법이론실무학회, 2013. 10. 24-25면

40) 최은배, 위장도급의 판단, 노동법연구 제31호, 2011. 17면

우리 판례의 묵시적 근로계약관계설은 하청의 ‘실체 부존재’를 원청과 하청 근로자 사이의 직접적 근로계약관계를 인정하기 위한 주요 근거로 삼고 있는데 종래 이에 대한 많은 비판이 집중되어 왔다. “판례를 검토하다 보면 일부 하급심 법원이 생각하는 사업 경영상의 독립성이란 온전한 독립성이 아니라 ‘약간의 독립성’이라는 사실을 알 수 있(고), 수급인에게 그 약간의 독립성만 있으면 비록 수인의 근로자와 도급인 사이에 종속계가 인정된다 하더라도 근로계약 관계는 부정될 수 있다는 점에서 묵시적 근로계약 법리는 결정인 한계를 가진다.”고 하면서, “수급인의 독립성 운운은 사족에 불과하며 사족은 사물의 본질을 왜곡하며, 사내하도급에서 하청 근로자와 도급인 사이에 근로계약관계가 성립하는지 여부는 둘 사이에 종속관계가 존재하는지 여부만을 놓고 판단하면 족하다”는 견해⁴¹⁾에 그와 같은 비판의 핵심이 잘 담겨있다. 그 외에 “(판례가) 원사업자(원청)와 근로자 간의 지휘 감독관계 인정 여부를 하도급사업자(하청)와 근로자의 관계에서 찾고 있고” 그 결과 “근로자가 묻는 것은 자신과 원사업자와의 관계인데, 여기에 대한 답변이 자신과 하도급사업자의 관계로 와버린다”고 비판하면서, 위장도급의 판단에 하청의 실체 유무를 핵심적 요소로 파악하는 것은 부당하다는 주장도 같은 맥락에서 이해 될 수 있다.⁴²⁾

나아가 2008년 현대미포조선 사건 이후 묵시적 근로계약관계를 인정한 판례가 존재하지 않는 점을 지적하면서, 최근의 사내하도급계약관계에서 수급인(하청)은 대부분 사업주로서의 실체를 가지고 있기 때문에, 묵시적 근로계약관계의 법리를 적용하는 데 무리가 있다는 견해⁴³⁾도 존재하는데, 묵시적 근로계약관계의 성립요건의 지나친 엄격성을 지적하는 견해로 생각된다.

41) 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태, 사내하도급과 노동법, 정책연구 2009-01, 한국노동연구원 24면

42) 양승광, “철도공사는 KTX여승무원의 사용자가 아닌가?”, 노동법연구 제39호, 2015. 9. 212-213면

43) 이승길, 김준근, 업종별 도급과 파견의 구별에 관한 담론, 산업관계연구 제25권 제4호 2015. 12. 46면

4. 검토

가. 묵시적 근로계약관계의 법적 기초 및 문제점

우리 판례는 “묵시적 근로계약관계”라는 표현을 사용하고 있고, “원고 용주(하청)는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자(원청)의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적 인 것에 지나지 아니하고, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어야 한다”고 하여 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계 외에도 묵시적 의사의 추단을 가능하게 할 만한 별도의 객관적 사실들을 요구하고 있다. 이런 점에서 우리 판례의 묵시적 근로계약관계의 법리는 사실상의 종속관계의 존재에 더하여 “사업장 내 하청 근로자가 도급사업주를 사용자로 인식하여 이에 대해 노무를 제공할 의사를 갖고, 도급사업주도 사업장 내 하청 근로자를 근로자로 인정하고 이에 대해 임금을 지급할 의사를 갖는다고 추인하기에 충분한 사정”이 인정되면 원청과 하청 근로자 사이에 묵시적 근로계약이 성립되었다고 평가하는 일본의 학설(묵시적 근로계약관계설)과 판례⁴⁴⁾에 영향을 받은 것으로 보이며, 그 내용 또한 거의 유사하다.

이러한 묵시적 근로계약관계의 법리는 민법의 계약성립이론인 ‘묵시적 의사표시’ 법리⁴⁵⁾에 기초해 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 ‘당사자의 의사합치에 의한 계약 성립’이라는 관점에서 인정하려는 것으로, 근로계약관계도 사용자와 근로자사이의 의사의 합치에 의해 성립하는 ‘계약’의 일종이라는 점에 충실한 견해다.⁴⁶⁾ 다만, 계약성립이라는 관점에

44) 전술한 사가 텔레비전 사건에 관한 후쿠오카 고등법원의 판시 내용 참고

45) ‘묵시적 의사표시’는 ‘의사표시’의 구성요로서의 ‘표시행위’에는 명시적인 것 뿐 아니라 묵시적인 것도 포함된다는 개념이다, 묵시적 의사표시에는 침묵에 의한 의사표시와 추단적 행위에 의한 의사표시가 있다. 송덕수, “신민법강의 제5판”, 박영사, 2012 87-88면

46) 다만, 일본의 묵시적 근로계약의 법리를 평가하면서 파견법의 제정 전과 후를 구분하여, “(일본의) 파견법제정 이전의 도급근로에 대한 법리적 전개는 당사자의

서 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 성립을 인정할 경우 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계 외에도 당사자의 계약 의사를 추단할 수 있을만한 객관적 사실들이 요구되기 때문에 경우에 따라 근로자 보호에 충실하지 못한 결과가 될 수 있다. 이런 점 때문에 일본에서는 독일 민법학에서 주장된 ‘사실적 계약 관계 개념’을 원용하거나(전술한 사실적 근로계약 관계설), 노동법률관계의 특수성에 따른 노동자보호 필요성이라는 규범적 관점에서 전통적인 의사표시이론을 변형해석 하려는 하급심 판결(전술한 사가텔레비전 사건의 원심)이 등장하게 된 것이다. 우리 법원도 ‘현대미포조선 판결’에서 묵시적 근로계약관계의 법리를 취하면서도 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계를 중심으로 근로계약관계의 성립을 인정하 바 있는데 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

나. 근로계약관계의 성립 여부를 민법학의 계약성립 이론을 기초로 접근하는 묵시적 근로계약관계 법리의 문제점

1) 문제점

앞서 지적한 바와 같이 묵시적 근로계약관계의 법리는 민법학의 계약성립이론에 기초하고 있기 때문에 경우에 따라 근로자 보호에 충실하지 못한 결과가 야기될 수 있다. 계약에 법률효과를 부여하는 핵심 근거는 민법의 기본 원칙인 ‘사적자치’에 있고 사적자치의 원리는 당사자가 의도한 의사에 따라 법률효과를 발생시키는 것에 의해 작동한다.⁴⁷⁾ 그런데,

‘의사’에 구속되는 시민법적 계약관계론을 극복하고 노동법적 근로계약론이 전개되어 묵시적 근로계약의 법리를 정착”시키는 방향으로 발전 되었으나, 1985년 7월 파견법이 제정된 이후에는 “묵시적 합의에 대한 요건에서 당사자의 의사를 중시하는 경향을 보이고 있다”고 분석하는 견해도 있다. 노상현, 파견 및 사내도급 근로에 관한 일본의 노동법리와 쟁점, 노동법연구 제19호, 2005. 335면. 동 견해에 따르면이라도 최근의 추세는 묵시적 근로계약관계의 법리를 ‘당사자의 의사’에 기초한 계약성립이론의 일종으로 이해하는 것이므로 본문과 같이 평가하여도 무방할 것이다.

47) “영미법계와 대륙법계에서 표현상의 차이가 있기는 하지만 계약의 구속력을 인

위장도급관계에 있어서 원청은 하청 근로자와의 사이에 근로계약상 권리·의무를 발생시킬 의사가 없음이 분명하고, 하청과 근로계약을 체결하는 근로자의 입장에서 원청과 직접 근로계약관계를 형성하겠다는 의사를 가지고 있었다고 보기에는 무리가 있다. 예컨대, 채용절차와 근로조건이 이원화되어 있는 상황에서, 대기업의 사내협력업체와 근로계약을 체결한 자에 대해 실제로는 의사는 원청인 대기업과 근로계약을 체결하려는 의사였고, 대기업도 사내협력업체 근로자에게 근로제공의 대가로 직접 임금을 지급할 의사였다고 인정하기는 어렵다. 또한 위장도급은 그 형식상 원청과 하청 간의 도급계약 및 하청과 하청 근로자 사이의 근로계약이 성립하게 되는데, 이러한 계약관계의 존재로 인해 원청과 하청 근로자 간의 근로계약 체결 의사를 객관적으로 추단하기는 더욱 어려워진다. 따라서 하청의 법적 실체 자체가 객관적으로 부정되는 극히 예외적인 경우가 아닌 한 원청과 하청 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하기는 어렵게 되는 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 두 가지 접근 방법이 가능하다. 첫 번째 방법은 일본에서 전개된 논의와 같이 당사자 간의 ‘계약’에 의한 근로관계의 성립이라는 보편적 원리를 포기하지 않으면서 노동 법률관계의 특수성을 고려하여 당사자의 의사 내지 계약의 성립을 규범적 관점에서 의제하는 것이다. ‘규범적 관점에서 계약성립이론을 수정하고자 하는 입장’이라고 할 수 있다. 두 번째 방법은 근로계약관계의 성립을 민법의 계

정하는 근거에 대한 입장은 크게 인간의 의사에서 찾는 이론과 신뢰보호에서 찾는 이론으로 나뉠 수 있다. 전자는 인간의 자기결정력과 그 존엄성의 인정이 하나의 근본가치이기 때문에 법질서는 당사자의 의사에 기하는 사법관계의 형성을 인정하여야 한다는 자기결정 이론이고, 후자는 실정법 질서가 계약에 구속력을 부여하는 이유를 거래안전의 필요성과 계약성실이라고 하는 도덕률에서 찾는 신뢰보호이론이다.”신동현, 계약의 성립에 관한 연구: 청약과 승낙을 중심으로, 서울대학교 석사학위 논문 2009, 22면. 신뢰보호이론도 의사표시에 대한 상대방의 신뢰에서 계약의 구속력의 근거를 찾는 것이기 때문에 두 이론 모두 당사자의 의사가 계약의 핵심이 된다는 점에서는 동일한 내용을 가지고 있다고 생각된다. 이와 같이 “당사자의 의사를 기초로 법적 구속력을 인정하는 것은 인간의 자기결정권의 일부인 사적자치를 실현하기 위한 수단이 된다.” 송덕수, 민법강의 제5판, 박영사, 2012, 79-80면

약성립 이론에 의존하지 않는 독자적 법률관계로 파악하여 사용종속관계라는 사실이 인정되면 근로계약관계의 성립을 인정하는 것이다. ‘노동법의 독자적 관점에서 근로관계의 성립을 인정하는 입장’이라고 할 수 있다.

결론적으로, ‘노동법의 독자적 관점에서 근로관계의 성립을 인정하는 입장’이 타당하다고 생각하는데 그 이유는 다음과 같다.

2) 규범적 관점에서 계약성립이론을 수정하고자하는 입장의 한계점

규범적 관점에서 계약성립이론을 수정하는 방법은, 민법의 계약성립 이론에 토대를 둔 상태에서 노동법적 보호필요성을 근거로 이를 수정해나가고자 하는 것이다. 이런 입장을 취하는 대표적 학설이 앞서 소개 한 일본의 사실적 근로계약관계설이며, 국내의 논의 중에도 계속적 계약관계인 노동관계의 현상유지의 보호와 노동자의 사회적 보호의 필요성을 근거로 근로계약관계를 사실적 계약관계의 일종으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하면서 우리 법원의 근로자성 판단에 관한 판례도 이러한 이론에 부합한다고 주장하는 견해⁴⁸⁾가 있다. 이러한 방법은 근로계약관계의 ‘계약’으로서의 보편적 성질을 유지하면서도 근로자의 보호라는 목적을 달성하고자 하는 이론이라는 점에서 나름의 가치를 가진다. 그러나 독일에서 주장된 사실적 계약관계설은 당사자의 의사합치에 기초한 전통적인 계약성립이론의 근간을 흔드는 주장이었기 때문에 주창지인 독일에서도 찬반 논쟁이 있었다.⁴⁹⁾ 동 이론은 계약이론이 다시 사적자치를 강조하는 방향으로 정리된 오늘날에는 그 이론적 영향력을 잃어가고 있는 추세로 독일의 판례는 50년대 말 이후 이 이론을 적용한 예가 없으며 근래 명시적으로 이 이론과 결별하였다.⁵⁰⁾ 근래에는 독일의 대다수 학자도

48) 장창민, 사실적 계약관계에 관한 일고-사실적 근로관계를 중심으로-, 민사법 이론과 실무 제8권 제1호, 2004, 65-70면

49) 송덕수, 민법강의 제5판, 박영사, 2012, 1314면

50) 안춘수(대표집필 김용담), 주석민법 채권각칙(1) 제4판, 한국사법행정학회 2016

이에 대해 반대하고 있으며, 독일 뿐 아니라 우리나라의 경우도 부정하는 견해가 다수설적 지위를 차지하고 있는 상황이다.⁵¹⁾ 이와 같이 민법의 영역에서도 격렬한 논쟁의 대상이 되었다가 이론으로서의 위상을 상실해가고 있는 ‘사실적 계약관계설’을 노동법에 차용하는 것은, 민법에서의 이론적 논쟁을 노동법의 영역으로 끌어들이는 우려가 있다. 이러한 우려는 사실적 계약관계론을 통한 근로계약관계의 성립 논의에만 국한되지 않는다. 근로관계도 민법상의 ‘계약’의 일종이라는 전제를 유지하는 한, 노동보호라는 규범적 관점에서 근로관계의 성립을 당사자 간의 의사합치라는 틀에서 벗어나게 하려는 어떠한 시도도 논쟁의 대상이 될 수밖에 없다. 이러한 시도는 언제나 ‘당사자의 의사합치라는 법률행위에 의해 법률효과를 발생 시킨다’는 민법상 계약의 본질과 충돌하기 때문이다. 이런 점에서 규범적 관점에서 계약성립이론을 수정하고자하는 입장은 근본적 한계가 있다.

3) 당사자의 의사합치에 의해 성립되지 않은 ‘근로관계’에 대한 노동법 적용 가능성

현재 우리나라의 노동법 해석상 노동법의 적용 대상이 되는 근로관계가 반드시 사용자와 근로자의 의사합치에 의해 성립된 ‘근로계약관계’에 한정된다고 볼 수는 없다. 따라서 민법의 계약성립이론을 규범적 관점에서 수정하는 방식으로 접근해야만 할 필연적 이유도 없다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 우리 근로기준법의 해석상 근로계약의 성립은 계약 당사자의 ‘의사’의 합치 아닌 근로자성을 인정할 수 있는 제반 사실 상태, 즉 사용종속관계의 존부에 의해 성립한다고 보아야 하기 때문이다.⁵²⁾ “우리 근로기

184면

51) 송덕수, 앞의 책, 1314면

52) “대법원의 근로자성 판단의 특징은, ‘사용종속관계 유무에 따른 판단, ‘실질적 판단’, ‘제반요소의 종합적 고려’로 요약할 수 있다”, 노동법실무연구회, 근로기준법주

준법 제2조 제1항 제4호는 근로계약을 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약”이라고 하여 ‘근로계약’, ‘근로자’, ‘임금’의 개념을 순환논법적으로 정의하고 있다. 그러므로 근로계약에서는 ‘근로자’가 ‘근로’를 제공하고 ‘사용자’가 이에 대해 ‘임금’을 지급하는 것을 목적으로 한다는 것이 중요하다. 즉 근로계약에서는 계약을 체결하기 전에 이미 일방 당사자는 근로자이고, 타방 당사자는 사용자라고 하여 그 계약당사자를 사전에 확정하고 있다. 그러므로 근로계약에서는 ‘당사자 쌍방이 계약을 체결한다’는 ‘의사(意思)’가 중요한 것이 아니라, ‘근로자가 근로를 제공한다’는 ‘사실’과 ‘사용자가 임금을 지급 한다’는 ‘사실’이 중요하다고 할 것이다. 이것은 민법 제655조가 “고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 … 약정하고, 상대방이 … 약정함으로써 …”라고 하여 ‘약정’을 중시하는 것과는 상당히 대조적이다. 이렇게 보면, 근로기준법상의 근로계약개념에 있어 비중은 계약에 있는 것이 아니라, 오히려 근로에 있다고 할 것이다. 즉 근로계약은 근로의 ‘계약’이 아니라 ‘근로’의 계약이다. 결국 이것은 근로계약의 당사자가 근로자와 사용자이지만, 근로계약에 있어서는 그 결정인자가 근로자라는 것을 의미한다.”⁵³⁾

둘째, 근로계약관계의 성립을 당사자의 의사합치가 있는 경우에 한정하여 인정하는 것은 시민법적 원리에 의해 노동법률관계를 해석하려는 것으로서 타당하지 않다. 당사자의 의사에 의해 법률효과를 발생시키는 것은 자유로운 의사결정이 가능한 대등 당사자 간의 거래를 전제하는 시민법의 영역에서는 정당화 될 수 있으나, 본질적으로 당사자 간의 불균형을 전제로 하는 노동법률 관계에서는 정당화되기 어렵다.

이상과 같은 이유로 노동법의 보호 대상이 되는 근로계약관계는 민법상의 전형계약인 고용계약과는 별개의 ‘사회적 질서’ 내지 ‘제도’로서 당사

해 1권, 박영사 2011, 108면. 판례에 의하면 사용종속관계와 근로자성의 인정은 표리관계에 있으므로, 근로자성의 인정은 곧 사용종속관계의 인정을 의미한다.
53) 강희원, 간접고용과 근로자의 보호, 경희법학 제46권 제2호 2011, 15-16면

자의 의사에 좌우될 수 없는⁵⁴⁾ 특수한 법률관계라고 보는 것이 타당하다.⁵⁵⁾ ILO에서 채택된 2006년의 고용관계권고 제9조는 “고용관계에서 근로자를 보호하기 위한 국가정책을 위해 고용관계의 존부 결정은 당사자와 사이에 합의된 계약이나 다른 형태의 법적 형식에도 불구하고 기본적으로 노동의 수행, 근로자의 보수와 관련한 사실에 의해야 한다.”고 하여 사실우선의 원칙을 규정⁵⁶⁾하고 있는데 노동 법률관계의 성립 및 그에 따른 노동자의 보호는 당사자의 의사에 좌우 될 수 없다는 원칙을 표현한 것이다. 우리 판례도 근로자에 해당하는지 여부의 판단은 “그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단”해야 한다고 판시⁵⁷⁾하고 있어 계약의 형식이나 당사자의 의사가 아닌 종속적 관계를 인정할 수 있는 ‘사실’을 기준으로 근로계약관계의 존부를 판단하고 있다.

54) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 1권, 박영사 2010, 117-118면

55) 이에 대해서는 “우리의 법체계상 근로계약관계도 ‘계약’의 일종으로 이해되어 달리 법률에 의하여 근로관계의 형성이 의제되지 않는 한 당사자의 명시적이든, 묵시적이든 ‘의사표시’에 근거하지 않고서는 계약적 규율이 발생할 수 없다”는 반론이 있다. 노동법실무연구회, “근로기준법 주해 1권”, 박영사, 2010, 478면. 그러나 노동법은 본질적으로 계약 당사자 간의 의사에 기초한 계약의 규율이라는 사법(私法)상의 원칙을 제한하여 근로자의 생존권을 보장하려는 ‘제도’로서, 당사자의 의사나 계약의 형식에 그 근거를 두고 있는 것이 아니라는 점에서 이러한 지적은 타당하지 않다. 만일 당사자의 ‘의사’에 의해 근로계약관계가 성립된 경우에만 노동법적 규율이 가능하다면 노동자의 의사에 반하여 형성된 ‘사용종속관계’에 대해서는 오히려 보호의 필요성이 더 큼에도 불구하고, 노동법적 규율이 불가능하다는 결론이 되어 불합리하다.

56) ILO, R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198), “II. DETERMINATION OF THE EXISTENCE OF AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP” 제9항 참조. 원문은 다음과 같다. “For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.”

57) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등

4) 소결론

현행 근로기준법의 해석 및 사법(私法)의 영역과는 구분되는 노동법률 관계의 특수성을 고려할 때, 노동법의 보호 대상이 되는 근로계약관계의 성립은 민법학의 관점에서 계약이 성립하는지 여부와 무관한 것이며, ‘사용종속관계’의 존재라는 사실로부터 인정 될 수 있다고 보아야 한다. 그러므로 위장도급의 법률관계에서 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 성립은 묵시적 근로계약관계의 법리와 같이 당사자 간의 묵시적 의사합치를 전제로 판단해서는 안 되며, 사용종속관계를 인정할 수 있는 사실이 존재하느냐의 여부에 따라 판단하는 것이 타당하다.⁵⁸⁾

다. 묵시적 근로계약의 법리의 근로자 보호 관점에서의 한계점

1) 법적 근거의 결여와 요건의 지나친 엄격성

판례는 묵시적 근로계약관계가 성립하기 위한 요건으로 원청과 하청 근로자 간의 ‘업무적, 경제적 종속관계의 존재’와 하청의 ‘사업주로서의 실체 부존재’라는 두 가지 요건을 요구하고 있다. 그러나 후자의 요건인 ‘사업주로서의 실체 부존재’는 “원청과 하청 근로자들 사이에 근로계약이 성립하는지, 즉 종속적 노동관계가 존재하는지 여부와는 무관한 문제”이고, “‘종속관계 있으면 근로계약 있다’는 노동법의 기본원칙과 대법원이 근로자성 판단과 관련하여 확립하고 견지하고 있는 사실우선의 판단원칙”에 어긋나는 것이다.⁵⁹⁾ 앞서 상세히 검토한 바와 같이 원청과 하청 근로자 간의 근로계약의 성립 문제는 양 당사자 간의 의사합치가 아닌

58) 유사한 입장에서, 고용의 보장은 헌법상 근로권의 가장 핵심인 내용이고, 고용안정이 제대로 보장되기 해서는 사용종속관계에 있는 상대방에게 직접 고용되어 근로관계가 형성되지 않으면 안 되기 때문에 계약법리에 의존하지 않고도 사용자의 직접고용의무가 인정될 수 있다고 보는 견해로 조경배, 직접고용의 원칙과 파견근로 민주법학 제19호, 2001. 33-54면

59) 박제성 외 3인, 사내하청노동관계의 법해석론, 한국노동연구원, 2015, 24면-27면

사용·종속관계의 존부에 따라 판단하여야 할 문제이므로, 근로계약관계 성립의 직접 당사자도 아닌 하청의 실체성을 중심으로 판단하는 것은 법적 근거를 결여한 것이다.⁶⁰⁾ 또한 하청의 실체성이 조금이라도 인정 되면 근로자성이 완전히 부정되는 판단 방식이어서 그 인정요건이 지나치게 엄격하여 ‘근로자 보호’라는 목적 달성에 적합하지 않다.⁶¹⁾

2) 묵시적 근로계약관계 성립에 따른 사법적 효과의 불명료성

묵시적 근로계약관계법리에 따른 사법적 효과의 핵심은 원청과 하청 근로자 사이에 근로계약이 ‘직접’ 성립된다는 것이다. 그러나 근로계약이 성립된 이후의 법적 효과가 어떻게 되는지에 대해서는 여전히 해석의 영역에 남겨져 있다.⁶²⁾ 근로계약의 성립 이후에는 근로계약의 존속기간,

60) 다만, 하청의 실체성이 사용종속관계 판단을 위한 보조적 기능을 할 수는 있을 것이고, 후술하는 바와 같이 ‘법인격 부인론’을 위장도급의 법률관계를 적용하여 원청에 대해 사용자로서의 책임을 인정하는 데 있어서는 주요한 역할을 할 수 있다.

61) 고용사업주(하청)의 독립사업성 심사에 대한 판례의 엄격한 태도를 비판하면서 묵시적 근로계약관계설이 양날의 칼이 될 수 있다고 비판하는 견해로 박제성, 미완의 3부작 그 완성을 위하여, 사내하청 대법원 판결 3부작-그 의미와 과제 토론회 발제문, 민주사회를 위한 변호사 모임, 2010, 22-22면. 해당 글에서 박제성 박사는 “판결례를 검토해 보면 법원이 생각하는 고용사업주의 독립성이란 온전한 독립성이 아니라 ‘약간의 독립성’이라는 점을 알 수 있고, 고용사업주에게 그 약간의 독립성만 있으면 비록 하도급 근로자와 사용사업주 사이에 종속관계가 인정된다 하더라도 근로계약 관계는 부정될 수 있다는 점에서 묵시적 근로계약 법리는 결정적인 한계를 안고 있다.”고 비판하면서 그 예로 고용사업주가 사용사업주(원청) 외에 다른 제3자와 거래하였는지 여부를 결정적 기준으로 삼아 묵시적 근로계약관계의 성립여부를 판단한 두 개의 하급심 판결(서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합13702 판결, 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10338 판결)을 소개하고 있다.

62) 이와 관련하여 대법원 판결은 없지만 하급심인 서울중앙지방법원 2010. 8. 26. 선고 2008가합118219 판결에서 묵시적 근로계약관계를 인정하면서 하청과 하청 근로자 사이에 체결된 기간을 정한 근로계약의 효력을 원청과 하청 근로자 사이에 성립된 묵시적 근로계약관계의 내용으로 인정하면서, 근로자들의 갱신기대권을 인정한 사례가 있다. 본 판결에 따르면 묵시적 근로계약관계가 인정되는 경우의 근로조건은 하청과 하청 근로자 사이에 체결된 근로계약의 내용에 따라 결정될 가능성이 높을 것이다. 이에 대해서는 철도공사(원청)가 아무리 “철도유통(하청)을 통하여” 근로자들과 기간제 근로계약을 체결했다고 하더라도, 그것은 어

임금 및 근로시간 등 기본적 근로조건에 관한 사항 등이 확정되어야 하는데 묵시적 근로계약관계의 법리는 근로계약의 성립을 인정할 뿐 그 이후의 근로조건에 대한 명확한 해답을 주지 못한다는 점에서 한계가 있다. 특히 하청과 하청 근로자 간의 근로계약에 따른 근로조건과, 원청 소속 근로자 중 동종·유사한 업무를 수행하는 근로자의 근로조건이 다른 경우 어떤 근로조건에 따라 하청 근로자의 근로조건을 정해야 하는 것인지에 대한 논란이 발생할 수 있다는 점은 문제다. 이런 경우 근로자 파견관계가 인정 될 수 있다면 파견법 제6조의2 제3항에 의하여 원청 근로자와 유사한 근로조건을 적용하면 될 것이지만 묵시적 근로계약관계의 법리에 따라 원청과 하청 근로자 사이에 직접적 근로계약의 성립을 인정하게 되면 파견법을 적용할 수 있을지가 불분명하게 된다. 만일 하청 근로자가 기간을 정한 근로자로 평가된다면, 「기간제 및 단시간 근로자 보호에 관한 법률」 제8조 내지 제15조의3의 차별시정 규정에 따라 동종 유사 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자의 근로조건을 주장할 수 있을 것이나, 기간의 정함이 있는 근로자로 인정되는 경우는 제한적일뿐 아니라 기간의 정함이 있는 근로자로 인정되는 것 자체가 하청 근로자에게는 불리한 것이기 때문에 여전히 한계는 존재한다.

II. 파견법 적용론과 직업안정법 적용론(종속효과론)

1. 파견법 적용론

파견법 적용론(종속효과론⁶³⁾)은 위장도급이 현행 파견법 상 근로자 파

디까지나 노동관계법령의 적용을 모면 하거나 회피하려는 의도에서 행해진 것인데, 거기에 대단한 의미 부여를 할 필요가 있는지는 사실 의문이라는 비판이 있다.(박제성, KTX 여승무원 사내하도급 사건 - 서울중앙지방법원 2010. 8. 26. 선고 2008가합118219 판결, 노동법학 제36호, 2010. 12. 661-662면)

63) ‘직업안정법 적용론’의 핵심은 크게 두 가지인데 ① 위장도급의 법률관계에 파견법이 아닌 직업안정법의 근로자공급사업 규정이 적용된다는 점 ② 직업안정법에 법적 근거가 없더라도 사용종속관계를 근거로 원청과 하청 근로자 사이에 근로

견관계의 실질을 갖는 경우, 원청의 고용의무의 발생, 차별금지 등 파견법의 규정을 직접 적용하는 견해다. 파견법이 적법파견 뿐 아니라 위장도급과 같은 불법적 형태의 파견에도 적용될 수 있음을 전제로 한다. 2008년 ‘에스코 판결’ 이후 우리나라의 판례가 취하고 있는 확고한 입장이다. 동 견해는 위장도급에 파견법이 적용될 수 있다⁶⁴⁾고 보는 근거로, 현 파견법의 규정 형식상 적법파견에만 한정하여 적용된다고 볼 수 없는 점, 불법파견에 대하여 파견법을 적용하지 않을 경우 오히려 불법 파견을 행한 자가 더 이익을 얻는 결과가 되어 형평에 반하고, 파견허가제도의 근간을 흔들 수 있다는 점 등을 들고 있다.⁶⁵⁾ 동 견해에 따르면, ‘직업안정법’ 상의 근로자 공급사업 중 근로자공급사업자와 근로자 간에 근로계약관계가 있는 경우는 적법인지 불법인지 여부를 불문하고 파견법의 적용을 받게 되며, 사실상 지배관계가 있는 경우에만 직업안정법상의 근로자 공급사업 규정의 규율을 받게 된다. 종래 직업 안정법 상의 근로자 공급사업은, 근로자를 ‘계약상, 사실상’ 지배하는 자가 근로자를 타인에게 사용하게 하는 경우를 규율해왔으나, 파견법 제정 이후에는 근로자를 ‘계약상’ 지배하는 경우는 파견법의 적용 대상으로 분리되었다는 입장이다. 이에 따르면 파견법의 존재로 인해 현 직업안정법상의 근로자공급 사업의 적용 범위는 근로자를 공급하는 자가 근로자를 사실상 지배하는 경우로 한정된다.⁶⁶⁾

계약관계가 성립할 수 있다는 점이다. ①에 초점을 맞추면 ‘직업안정법 적용론’이라고 표현할 수 있고, ②에 초점을 맞추면 ‘종속효과론’이라고 표현할 수 있다. 이러한 견해를 주장하고 있는 박제성 박사는 ‘종속효과론’이라는 표현을 사용하고 있다.(박제성·노상현·유성재·조임영·강성태, 사내하도급과 노동법, 정책연구 2009-01, 한국노동연구원 41면) 본 글에서는 파견법 적용론과 명확히 대비하는데 유용한 표현인 ‘직업안정법 적용론’이라는 용어를 사용하기로 한다.

64) 달리 표현하면 불법파견에도 파견법이 적용될 수 있다는 의미다.

65) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결

66) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 1권」, 박영사 2010, 473면

2. 직업안정법 적용론

동 견해는 파견법 적용론을 비판하면서 직업안정법과 파견법의 규정형식, 파견법 규정의 취지 등을 고려할 때 불법파견은 여전히 직업안정법상의 근로자 공급사업의 영역에 남겨진다고 주장한다.⁶⁷⁾ 그 논거는 아래와 같다.

① “1998년 파견법이 제정된 취지는 근로자 공급을 원칙적으로 금지하고 있는 직업안정법의 규정에도 불구하고 불법으로 성행하는 근로자공급을 근로자 파견이라는 이름으로 합법화하고자 하는 것이었기 때문에, 파견법이 규율 대상으로 삼는 행위는 당연히 파견법의 규정에 따라 적법하게 행해지는 근로자 파견이라고 보는 것이 타당하다. 합법화의 틀 속으로 들어오지 않는 행위는 여전히 직업안정법의 규율 상으로 남겨져 있는 것이다. 이렇게 이해해야만 직업안정법상의 근로자공급 금지 규정을 폐지하지 않고 그대로 살려 놓으면서 파견법을 별도로 입법한 입법자의 의도를 제대로 파악할 수 있다.”

② 법원은 파견법 제정 이후에도 여전히 “근로자공사업은 ‘공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’으로서 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업⁶⁸⁾”이라고 정의하고 있어 파견법의 제정으로 인해 ‘근로계약을 체결하여’ 근로자를 공급하는 경우는 파견법이 적용 되고 ‘사실상 지배’하에 있는 자를 제3자에게 공급하는 경우에만 근로자공급사업의 규율영역으로 남게 되었다는 파견법 적용론은 판례의 지지를 받지 못하고 있다.

③ 불법파견에 대하여 파견법을 적용하게 되는 경우 고용 후 2년을 초과하여야 고용관계의 주장이 가능해져 근로자 보호에 미흡하다.⁶⁹⁾

67) 박제성·노상헌·유성재·조임영·강성태, 사내하도급과 노동법, 정책연구(한국노동연구원) 2009-01, 2009 37-38면

68) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두 22320판결

69) 이와 관련하여 강성태 교수는 2008년의 ‘에스코 판결’은 2년이 경과하지 않은 위

④ 파견법 제20조 제1항에서 근로자 파견계약의 서면체결 의무 규정을 두고 있으므로 파견법에 의해 규율될 수 있는 파견계약은 일종의 요식계약으로 봐야 하고, 따라서 근로자 파견계약이 ‘서면’에 의해 체결되어 있지 않은 불법파견은 파견법의 적용대상이 될 수 없다.⁷⁰⁾

위와 같은 ‘직업안정법 적용론’을 따를 경우 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 인정할 수 있는 근거가 문제된다. 현행 직업안정법 상으로는 위법한 근로자공급사업에 대하여 근로자를 공급받는 자의 고용의무 발생 또는 고용간주 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 동 견해는 이에 대한 해결책을 노동법의 일반원리로서의 ‘종속효과’에서 찾고 있다. 즉, “사용종속관계라는 실질이 인정되는 경우에는 당사자의 의사와 무관하게 근로계약의 성립을 인정하는 ‘종속효과’가 노동법의 원칙”⁷¹⁾이므로 원청과 하청 근로자 사이의 근로관계 성립을 인정할 수 있다는 것이다.⁷²⁾

법파견의 사법적 효과에 대해서는 전혀 다루지 않았고, 그 결과 2년의 기간 동안 위법을 방지함으로써 위법 사업주를 보호하게 되는 결과적 부정의가 발생한다는 점을 지적하면서 이런 점에서 적용긍정설은 양날의 칼이 될 수 있다고 지적하고 있다. 강성태, 위법파견의 사법적 효과, 노동법연구 제29호, 2010. 9. 87면. 다만 이는 구 파견법(2012. 2. 1. (2012. 8. 2. 시행) 법률 제11279호로 개정되기 이전의 것)이 적용 되던 시점의 주장임을 고려해야 한다. 현행법은 불법파견의 경우 모두 즉시 고용의무의 발생을 인정하고 있으므로 이러한 문제는 상당부분 해소되었다고 볼 수 있다.

70) 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태, 사내하도급과 노동법, 정책연구(한국노동연구원) 2009-01, 2009 37-38면 45-48면

71) 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태, 앞의 책 49-52면

72) 논거에서는 다소 차이가 있으나 동일한 입장을 취하는 견해로 조경배 교수와 강성태 교수의 견해가 있다. 조경배 교수는 “법이 허용한 범위를 넘어선 불법파견의 경우에는 (원청을) 사용자로서의 일차적인 책임주체로 보아야 한다. 사용사업주와 근로자간에 사용종속관계가 존재한다는 사실로부터 직접고용 원칙이라는 규범적 근거를 매개로 하여 근로관계가 성립하는 것”이라고 주장하고 있으며, 그 근거에 대해 “근로자의 공급과 사용 모두를 형벌로서 금지하고 제한된 범위 내에서만 허용하는 직업안정법과 파견법 그리고 중간착취를 금지한 근로기준법 등은 고용에 관한 노동법의 객관적인 가치질서를 규정한 것이라고 볼 수 있다. 간접고용을 금지하고 제한하는 법 규정들은 사용자에게 단지 공법상의 의무를 부과한 데 그치는 것이 아니라 직접고용 원칙이 직업안정법제의 내재 적인 원리임을 명확히 밝힌 것으로 이해해야 한다.”고 한다. 그리고 “이러한 관점에서 볼 때 강행법규에 위반하여 사법상 효력을 인정받을 수 없는 불법파견에 대하여는 파견법을 적용할 여지가 없고 직접고용간주 규정에 관계없이 파견이 위법이 된 순간부터 사용사업주와 파견근로자간에 직접 근로계약관계가 성립한 것으로 보아야 한

3. 검토

가. 논의의 실익

직업안정법 적용론'의 가장 큰 실익은 명시적 법적 규율 없이도 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 성립을 인정할 수 있다는 점에 있다. 특히 파견법에서 원청의 하청 근로자 간의 근로계약관계의 성립에 관한 규율을 두고 있지 않거나, 불충분하게 두고 있는 경우⁷³⁾ 파견법을 적용하는 것보다 근로제공 시점에 직접적인 근로계약관계의 성립을 인정할 수 있는 직업안정법 적용론이 근로자보호에 더 충실한 이론이 된다. 그러나 2012. 2. 1.(시행일 2012. 8. 2.) 법률 제11279호로 개정된 파견법에서는 파견업종의 허가를 받지 않은 자로부터 파견을 받은 경우 근로제공 시점에 즉시 고용의무가 인정되는 것으로 규정되어 모든 불법파견에 대해 원청의 즉시 고용의무를 인정하면서 직업안정법 적용론과 파견법

다.”는 입장이다. 조정배, 현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급)사건 판례평석, 노동법 연구 제29호, 2010. 9. 113-114면. 강성태 교수도 같은 입장에서 불법파견의 법률관계에서 별도의 법적 규율이 없더라도 원청과 하청 근로자 사이에 직접 근로계약관계가 성립하여야 한다는 입장을 취하고 있는데 그 논거는 다음과 같다. ①사용자책임의 회피 금지는 노동법의 원칙으로서 노동관계법에서도 여러 규정과 판례에서 이 원칙은 관철되고 있다. 예컨대, 근로기준법상 중간착취배제의 원칙(제8조), 직업안정법상 근로자공급사업의 금지(제33조) 규정이나 근로관계의 소재를 실질적인 지휘명령관계의 존재여부에서 찾는 판례법리 등이 그것이다. 이러한 원칙은 고용관계와 지휘명령관계가 일치될 것, 즉 실질적으로 근로자를 사용하는 자가 그에 대한 사용자책임을 질 것을 전제로 한 것이다 따라서 별도의 법적 규율이 없더라도 사용자로서의 책임을 회피하기 위한 목적으로 행해지는 불법파견의 경우 원청이 당연히 사용자로서의 책임을 져야 한다. ② 근로자 파견법의 취지는 극히 예외적으로 근로자공급을 허용하여 사용사업주에 대해 사용자로서의 일부 책임을 면제해주는 것이므로 불법파견의 경우 이러한 책임의 면제를 적용 받을 수 없고 원칙으로 돌아가 사용자로서의 책임을 당연히 져야 한다. 강성태, 위법한 근로자파견과 사용사업주의 책임, 노동법 연구 제13호, 2002. 12., 188-191면. 강성태 교수는 이러한 법리에 대하여 “(파견법)적용부정·직접고용법리설”이라는 표현을 사용하고 있다. 강성태, 위법파견의 사법적 효과, 노동법연구 제29호, 2010. 9. 89면

73) 예컨대, 2년을 초과하여 파견근로자를 사용한 경우에만 고용의제를 인정하던 구 파견법의 경우가 이에 해당한다.

적용론의 법적 효과가 거의 유사해졌다. 이로 인해 이와 관련된 논의의 실익은 과거와 비교하면 상대적으로 크지 않다. 그러나, 파견법 적용론과 직업안정법 적용론의 논쟁은 불법파견관계의 사법적 효과에 대한 ‘원칙’이 무엇인지를 정하는 문제라는 점에서 여전히 검토해볼 필요성이 있다. 또한 현행 파견법 규정이 고용의제의 효과가 아닌 고용의무발생의 효과만을 인정하고 있기 때문에 직업안정법 적용론과 파견법 적용론의 사법적 효과에 대한 비교검토의 필요성도 여전히 존재한다.⁷⁴⁾ 이러한 비교검토를 통해 직업안정법 적용론이 현행 파견법 하에서도 여전히 근로자 보호의 관점에서 유용성을 가지는지 평가해볼 수 있을 것이다.

나. 구체적 검토

1) 불법파견의 사법적 효과의 원칙(종속효과론)과 법률에 의한 예외 인정

직업안정법 적용론은 노동법상의 근로계약관계 인정의 근거를 ‘종속효과’에서 찾으면서 근로자 보호를 도모하고자 하는 견해다. ‘종속효과’는 사용자와 근로자 사이에 근로계약관계가 존재하는지 여부는 계약의 형식이나 당사자의 의사가 아닌 양 당사자 사이에 존재하는 사용종속 관계의

74) 이와 관련하여 현행 파견법이 고용의제의 효과에서 고용의무 발생의 효과만을 인정하는 것으로 개정되었기 때문에 “도급계약이 위장도급으로 판단된 경우에 이를 위법한 파견으로 그 논리를 전개할 필요성은 그만큼 줄어들었다고 할 수 있다.”고 하면서 “위장도급의 경우 위법한 근로자파견으로의 적극적인 논리의 전개의 필요성은 거의 소멸되었다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 위장도급의 경우 오히려 묵시의 합의에 의한 근로계약의 성립이 그 실익이 있게 되었다고 할 것”이라는 주장이 있다. 송강직, 사내도급에서의 위장도급과 불법파견의 상호관계, 강원법학 제32권, 2011. 2. 377-378면. 이러한 견해는 불법파견의 효과로서의 고용의무가 원청이 하청 근로자에 대하여 직접 부담하는 사법상 의무가 아닌 국가에 대한 관계에서 부담하는 공법상 의무라고 이해하는 전제에 선 것으로 보인다. 그러나 이하에서 검토하는 바와 같이 개정 파견법의 고용의무는 원청의 하청 근로자에 대한 사법상 의무를 인정한 것으로 보아야 하며, 판례도 그와 같이 해석하고 있다. 이로 인해 고용의제와 고용의무의 실질적인 차이는 크지 않고, 실제로 위 주장이 제시되었던 2011년 이후에도 판례는 여전히 파견법 적용여부에 초점을 맞춰 위장도급을 규율해오고 있다.

실질에 따라 판단하여야 한다는 것이다. 이러한 ‘종속효과’는 노동법이 강행법으로서 고용관계가 일종의 사회적 질서에 해당하고 당사자의 의사에 좌우될 수는 없다는 점⁷⁵⁾을 반영한 것으로서 타당하다는 점은 앞서 ‘묵시적 근로계약관계의 법리에 대한 검토’에서 상세히 살펴본 바와 같다.⁷⁶⁾ 그러나 이러한 원칙이 노동법률관계에 무조건적으로 적용되는 것은 아니다. 경우에 따라 법률에 의한 예외가 인정되는 경우가 존재하기 때문이다. 그 대표적인 경우가 직업안정법상의 근로자공급사업과 파견법상의 근로자파견사업이다. 직업안정법은 근로자공급 사업에 대해 “공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업을 말한다”라고 정의하고 있고, 파견법은 근로자 파견에 대해 “파견사업주가 근로자를 고용한 후, 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”이라고 정의하고 있는데, 그 개념 자체에서 실질적인 사용자와 근로자를 사실상·계약상 지배하고 있는 자의 개념이 분리되어 있다. 이러한 내용의 법률이 노동보호의 관점에서 적절한 것인지 여부를 떠나 현실적으로 존재하는 이상 ‘사용종속관계 있는 곳에 근로계약관계가 있다’는 원칙은 해당 법률의 규율 영역에서는 후퇴할 수밖에 없다.

위에서 살펴본 바와 같이 ‘종속효과’는 근로계약관계가 성립했는지 여부를 판단하기 위한 기본적 원칙이 되지만 법률이 예외를 인정하는 경우에는 그 적용이 배제될 수 있다. 결국 위장도급 관계에 ‘종속효과’ 원칙이 적용되려면 위장도급관계에 ‘종속효과’의 예외를 인정하는 법률인 파견법이 적용되지 않아야 한다.⁷⁷⁾ 그러나 아래와 같은 이유로 파견법의 해석상 파견법의 규율영역에는 불법파견도 포함된다고 보는 것이 타당하다.

첫째, 파견법이 종래 직업안정법에 의해 불법으로 규정되었던 근로자공급사업의 일부를 합법화 하려는 의도를 가지고 제정된 것은 사실이다.

75) 노동법실무연구회, 근로기준법 주해 1권, 박영사 2010, 117-118면

76) 본 논문 29-31면 참조

77) 직업안정법 적용론이 이런 전제를 취하고 있다.

그러나 종래 법이 금지하던 영역 중 일부를 새로운 입법을 통해 허용하기 위하여 취할 수 있는 입법방식에는, ① 신법을 통해 기존에 금지되던 행위가 적법하게 될 수 있는 기준만 제시하고 그 기준을 벗어나는 경우는 구법에 의해 규율하는 방법, ② 새로운 입법을 하면서 행위가 적법하게 될 수 있는 규정을 하면서 그 위반 시의 효과에 대해서 별도로 규정하여 신법에 의해 통일적 규율을 하는 방법 중 어느 것이든 가능하다. ‘직업안정법 적용론’은 파견법이 전자(위 ①)의 입장을 취했다는 것을 전제로 한 주장이다. 그러나 파견법은 현재까지 수차례의 개정을 거치면서 단순히 파견이 적법하게 될 수 있는 기준을 제시하고 있을 뿐 아니라 적법한 파견에 해당하지 않는 부분에 대한 제재까지 한꺼번에 규율하고 있다는 점에서⁷⁸⁾ 후자(위 ②)의 입법방식을 취하고 있다고 보는 것이 타당하다. 따라서 파견법이 근로자공급사업의 일부를 합법화하기 위해 파견법을 적용하면서 직업안정법의 규정을 남겨두었다는 사실만으로 불법파견을 그 적용대상에서 배제하는 것이라고 단정하기 어렵다.

둘째, 앞서 지적한 것처럼 파견법은 근로자 파견에 관한 사항을 정한 법률로서 파견의 허용범위, 사업의 허가 등 적법요건을 정하고 있고 해당 규정을 위반하는 경우 고용의무의 발생, 형사처벌 규정의 적용 등 그 제재 방법을 정하고 있다. 이와 같이 파견법 자체에서 이미 불법적인 형태의 파견을 규율하는 규정을 두고 있으므로 파견법을 적법파견에 한정하여 적용된다고 이해하기는 어렵다.

셋째, 종래 파견법은 2년을 초과하여 파견 근로자를 사용한 경우에만 고용간주 규정이 적용되는 것으로 되어 있었으나 2012. 2. 1.(시행일 2012. 8. 2.) 법률 제11279호로 개정된 파견법에서는 파견업종의 허가를 받지 않은 자로부터 파견을 받은 경우 근로제공 시점에 즉시 고용의무가 인정되는 것으로 변경 되었다⁷⁹⁾. 따라서 고용의무(구 파견법상으로는 고

78) 파견법 제6조의2(고용의무), 제19조(폐쇄조치 등), 제42조 내지 제44조(벌칙), 제45조(양벌규정), 제46조(과태료)

79) 제6조의2(고용의무) ①사용사업주가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다. <개정 2012.2.1.>

용의제)의 인정은 적법파견이지만 사용기간의 제한을 위반한 경우를 규제하기 위한 목적으로 제정된 것이라는 논리는 성립할 수 없게 되었다. 또한 개정법에 따르면 위장도급의 형태로 이루어지는 모든 불법파견은 근로제공 시점에 고용의무가 발생하므로, 불법파견 최초 2년 동안은 근로자 보호방법이 없게 된다는 지적도 더 이상 타당하지 않게 되었다.

넷째, 직업안정법 제33조의 근로자공급사업에 관한 규정은 2009. 10. 9. 전문 개정된 이후⁸⁰⁾ 자구 수정 외에 특별한 변동이 없는 반면, 파견법은 불법파견을 규제하기 위한 목적으로 이루어진 2012. 2. 1. 개정⁸¹⁾ 비롯해 파견근로자에 대한 불리한 처우를 금지하는 항목을 세분화, 구체화 한 2013. 3. 22. 일부개정, 차별시정명령의 효력 확장을 규정 한 2014. 3. 18. 일부개정 등을 통해 파견관계에 대한 입법적 규율이 지속적으로 이루어지고 있다. 이와 같이 파견관계를 규율하기 위한 법령이 파견법에 집중되고 있는 것은 파견관계에 관한 사항은 불법과 합법을 불문하고 파견법을 적용한다는 암묵적인 사회적 합의가 전제된 것이라고 보아야 할 것이고, 입법자도 같은 의도를 갖고 있다고 이해해야 한다.

다섯째, 불법파견에 파견법을 적용하지 않게 되면 파견법의 정한 일부 요건을 결한 파견은 파견법에 따른 차별 시정 규정의 적용이나 형사처벌 규정의 적용을 받게 되는 반면, 파견법이 정한 요건을 완전히 위반하고 있고 불법을 은폐한다는 점에서 그 비난 가능성이 더 높은 위장도급 형

5. 제7조제3항의 규정(무허가 근로자파견)을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 경우

80) 해당 전문 개정도 근로자공급사업의 자산 및 시설에 관한 요건, 국외 공급 근로자의 관리, 국외 근로자공급사업의 관리에 관한 사항 등을 법률에서 직접 규정하거나 하위법령으로 정할 수 있도록 명시적인 위임 근거를 마련하기 위한 것일 뿐 근로자공급사업으로 인한 근로자 보호를 위한 내용은 아니다.

81) 국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>, 2017. 11. 6. 최종 방문)에서 제공하는 법제처의 법령개정 정보에 따르면 2012. 2. 1. 개정 파견법의 개정취지에 대해 “현재는 불법파견이더라도 2년 이상 근무한 경우에만 사용사업주에게 직접 고용의무를 부과하고 있어 불법파견이 적발되어 사용사업주가 근로관계를 종료하는 경우에는 근로자의 고용이 불안해지는 문제가 있는바, 불법파견의 경우에는 사용한 기간에 관계없이 사용사업주에게 파견근로자의 직접고용의무를 부여하도록 개선”하려는 것이라고 설명하고 있다.

태의 불법파견은 이러한 규제를 받게 되지 않게 되어 형평에 반한다.

결론적으로 현행법의 해석상으로는 불법파견에도 파견법이 적용된다고 볼 수밖에 없고 종속효과가 아닌 파견법 제6조의 2의 규정에 의하여 원청과 하청 근로자의 근로계약의 성립이 규율되어야 한다.⁸²⁾ 그러나, 파견법 제6조의 2를 해석함에 있어서 그러한 규율이 없는 경우 돌아가야 할 원칙은 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 직접적 성립이라는 점은 염두 할 필요가 있다. 파견법 제6조의2가 폐지되거나 원청과 하청 근로자의 고용관계를 규율하는 규정으로서의 의미를 상실할 경우에는 원칙으로 돌아가 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 직접 성립의 인정여부를 다시 검토할 수 있을 것이다.

2) 위장도급 관계에 종속효과 원칙을 적용하는 것이 파견법을 적용하는 것에 비해 근로자 보호에 유리한 점이 있는 것인지 여부

위장도급관계에 종속효과 원칙을 적용하게 되면 파견법을 적용하는 경우처럼 원청에 하청 근로자를 고용해야 할 의무가 발생하는 것이 아니라, 원청과 하청 근로자 사이에 근로계약관계가 직접 성립하게 된다. 사용자에게 고용의무를 부여하는 것보다 근로관계의 성립을 직접 인정하는 것이 표면적으로는 근로자에게 더 유리한 것으로 보일 수 있다. 그러나 그 내용을 구체적으로 살펴보면 양자에는 실질적 차이가 존재하지 않고 오히려 파견법 제21조의 차별금지 규정과 직접 고용 시의 근로조건을 정한 파견법 제6조의2의 제3항 규정으로 인해 파견법을 적용하는 것이 근로자

82) 다만, 이와 같은 해석론에 대해서는 단순히 파견법 해석의 형식이나 근로자보호에 있어서의 실익을 떠나 근로자공급의 금지가 다면적 근로관계에서 원칙으로서 기능 하지 못하게 만들었다는 비판이 있는데 경청할만한 의견이다. 동 견해는 불법파견에도 파견법이 적용된다고 보게 된 결과, 근로자공급사업이라는 개념은 다면적 근로관계에서 관련성을 잃게 되었고, 더불어 근로자공급금지원칙 역시 다면적 근로관계의 원칙이라는 제기능을 하지 못하게 되었다고 비판하면서, 근로자공급금지원칙(원칙)-파견(예외)라는 원칙-예외의 관계가 파견(원칙)-불법파견(예외)으로 전환되는 역전현상이 일어나고 있다고 지적한다. 권영환, 파견과 도급의 구별이라는 틀의 재검토, 노동법연구 제30호, 2011. 3. 290-291면

보호에 유리한 결과를 가져온다고 보아야 한다. 그 구체적 이유는 아래와 같다.

가) 고용의무를 발생시키는 것과 고용계약의 성립을 의제하는 것은 개념적 차이일 뿐 근로자 보호라는 측면에서 실질적 차이가 존재하지 않는 점

(1) 고용의 성립 시점 및 고용에 부대하는 금전적 청구권의 경우

원청과 하청 근로자 사이의 고용관계를 의제하는 ‘직업안정법 적용론’에 의하면 원청과 하청 사이의 근로계약관계는 하청 근로자가 원청에 근로를 제공하는 시점에 성립하게 된다. 반면, 파견법 적용론에 따르면 파견법 제 6조2의 고용의무규정을 적용 받기 때문에 사용자가 고용의무를 이행할 때까지 근로계약관계가 성립하지 않게 된다. 이러한 사실을 표면적으로 비교해 보면 ‘직업안정법 적용론’이 ‘파견법 적용론’보다 근로자 보호에 보다 충실한 것처럼 보인다. ‘직업안정법 적용론’에 의할 때 사용자가 고용의무의 이행을 해태할 가능성이 원천적으로 차단되며, 근로계약관계의 성립시기가 보다 빨라지고 명확해지기 때문이다.

그러나, ‘파견법 적용론’에 따르더라도 실제 소송절차에서는 ‘불법파견관계의 확인’이 청구취지가 되는 것이 아니라 ‘고용의 의사표시를 하는 것’이 청구취지가 되기 때문에⁸³⁾ 사용자의 ‘고용의무 이행 해태’는 실질적인

83) 이러한 청구취지의 구성은 파견법 상 원청의 고용의무가 하청 근로자에 대하여 부담하는 사법상의 의무라는 것을 전제한 것이다. 이러한 해석론에 대하여 의문을 제기하는 견해도 존재하는데, 대표적 논리는 “파견법 개정 논의 당시 노동부는 파견법의 행정법규적 성격을 고려하여 당사자 간에 사법상의 지위를 다투게 하는 것보다는 행정부가 직접 사용사업주와 파견근로자 사이의 고용문제에 개입하여 권리구제를 관장하도록 한다는데 입법취지가 있음을 분명히 하였기 때문에, 법 소정의 위법파견이 발생하면 정부가 사용사업주를 상대로 고용의무 및 고용명령권을 갖도록 하고, 그 위반에 대하여 벌칙을 적용하는 규제원리로 전환한 것이라고 볼 수 있다”는 것이다. 박지순, 위법파견의 법률효과, 노동법포럼 제9호, 2012, 31-32면. 이러한 논리에 따르면, 원청이 파견법에 따른 고용의무이행을 해태하더라도 하청 근로자는 직접 고용의무의 이행을 구할 수 없게 되고, 원청은 국가로부터 파견법 제46조 제2항에 따라 3,000만원 이하의 과태료만을 부과 받게

문제가 되지 않는다. 고용의 의사표시를 구하는 판결은 판결의 확정 시 사용자의 고용의 의사표시에 갈음하는 효과를 발생시키기 때문에 사용자의 의무 이행의 해태라는 상황을 상정할 수 없기 때문이다.⁸⁴⁾ 또한 고용관계의 성립시점을 근거로 ‘직업안정법’ 적용론이 근로자보호에 유리하다

된다. 이러한 해석론은 파견법의 불법파견에 대한 통제 기능을 사실상 물각시킬 우려가 있다는 점에서 타당하지 않으며, 우리 법원도 불법파견의 사법상 효과로 하청 근로자가 원청에 대하여 고용의 의사표시를 구할 수 있는 권리가 있다고 해석하고 있다. 나아가, 파견법의 고용의무 규정을 공법 상 의무로 해석하는 경우, 현행 파견법에는 불법파견의 사법상 효과에 대한 규율이 없게 되는 것이므로 사용종속관계를 기준으로 근로계약관계의 성립을 판단하는 원칙으로 돌아가 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계의 직접 성립을 인정하는 것이 논리적으로 타당하다고 본다. 이와 같이 해석할 경우 파견법 상의 고용의무는 ‘고용계약체결의무’를 의미하는 것이 아니라 법적으로 이미 성립한 ‘고용계약이행의무’를 의미하는 것으로 해석해야 할 것이다.

- 84) 이와 달리 “현행 파견법에서는...(중략)...고용관계의 형성을 이행하라는 것을 청구할 수 있을 뿐이다. 사용사업주가 이행판결에 따르지 않는 경우 ‘간접강제’가 가능하다면, 그것을 통하여 사용사업주를 압박할 수 있어도 고용관계를 직접 형성시킬 수 없기 때문에 파견근로자의 ‘직접 고용’에는 어려움을 예상할 수가 있다”고 해석하면서 고용간주 규정이 고용의무 규정으로 바뀔 것으로 인해 근로자 보호에 어려움이 발생할 수 있다는 취지로 주장하는 견해도 있다. 이승길, 도급과 파견근로계약의 노동법적 쟁점에 관한 소고, 외법논집 제37권 제1호, 2013. 2. 384면. 이러한 견해는 고용의무의 이행을 구하는 것은 이행청구이므로 형성권 행사의 경우와 달리 별도의 집행절차가 필요하다는 이해에 기초하고 있는 것으로 보인다. 그러나 ‘고용의 의사표시’를 구하는 소송에 대한 주문은 ‘의사의 진술을 명하는 판결’이 되고, 일정한 의사의 진술을 명하는 판결이 확정되면 그 의사의 진술이 있는 것으로 보기 때문에(민사집행법 제263조 제1항, 이에 대한 상세한 내용은 사법연수원, 민사실무2, 2011. 2. 86-87면 참조) 위 견해에서 우려하는 바와 같은 집행의 문제는 발생하지 않는다. 불법파견 사건에서 원고의 청구를 인용한 법원 판결주문을 보면, 고용의 의사표시를 하라는 판결 주문에는 가집행의 선고가 없고 부대하여 함께 청구된 금전 청구에만 가집행의 선고가 붙는 것을 알 수 있는데 의사의 진술을 명하는 판결이어서 집행을 상정할 수 없기 때문이다. 이와 같이 ‘고용의 의사표시를 하라’는 법원의 판결은 별도의 집행 없이도 원청의 고용의 의사표시에 갈음하는 효과가 있고, 근로자들의 고용의 의사표시를 하라는 청구는 근로자들의 청약에 해당한다고 해석할 수 있으며, 근로계약은낙성 불요식 계약이므로 결국 판결 확정 시 근로계약이 성립한다고 보아야 한다. 판례도 같은 입장이다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965판결, 동 판결에서는 “개정된 파견법 하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접 고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시에 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다.”고 판시하고 있다)

는 부분에 대해서도 다음과 같은 이유로 동의하기 어렵다. 위장도급 관계에서 원청이 사용자로서의 책임을 스스로 자인하는 경우는 존재하지 않기 때문에⁸⁵⁾ ‘직업안정법 적용론’과 ‘과건법 적용론’ 중 어느 견해에 의하더라도 결국에는 근로자가 제기한 소송의 판결이 확정된 이후 사용자로서의 책임 해태에 대한 책임 추궁이 문제 될 뿐이다. 그런데, 근로자의 입장에서는 근로제공 시점부터 판결확정까지의 책임추궁과 관련하여 ‘근로자의 지위’에서 청구하는 것과, ‘고용의무의 이행을 청구할 수 있는 권리자의 지위’에서 청구하는 것 사이에 실질적 차이가 존재하지 않는다. ‘고용의무의 이행을 청구할 수 있는 권리자의 지위’에서도 원청의 고용의무 불이행에 대한 채무불이행을 원인으로 손해배상을 청구하는 것이 가능하기 때문이다.⁸⁶⁾

(2) 하청 근로자의 해고에 대한 구제절차의 경우

근로제공 시점에 근로계약을 의제하는 것(직업안정법 적용론)과 고용의무를 부여하는 것(과건법 적용론) 사이의 또 다른 차이점은 하청에 의한 해고가 발생한 경우의 구제절차 문제다. 위장도급관계에서의 근로계약관계는 하청과 하청 근로자 사이에 체결되어 있으므로 해고의 문제도 원칙적으로는 원청과 하청 근로자가 아닌 하청과 하청 근로자 사이의 문제가 된다. 그러나 ‘직업안정법 적용론’에 의하면 원청이 사용자로서의 지위를 갖기 때문에 근로자는 실질적인 사용자인 원청에 대해 근로자지위의 확인을 구하는 소와 부당해고 기간 동안의 임금상당액의 지급을 구하는 소를 병합하여 제기하거나, 원청을 직접 피신청인으로 하여 노동위

85) 자인한다면 분쟁이 발생하지 않을 것이므로 오히려 문제 될 것이 없다.

86) 고용의무 불이행에 대해 근로자의 손해배상 청구가능하다는 점을 명시적으로 인정한 대법원 판결로는 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965판결 참조. 단, 근로계약에 기초한 임금청구와 고용의무의 불이행에 따른 손해배상 청구는 민법 제396조에 의한 과실상계가 가능한지 여부에서 차이가 있다. 그러나 사용자가 우월적 지위에서 행하는 고용의무 불이행에 대해 근로자의 과실을 인정하기는 어렵기 때문에 실질적인 차이는 존재하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

원회에 부당해고구제신청을 할 수 있게 된다.⁸⁷⁾ 반면, ‘파견법 적용론’에 의하면 불법파견관계가 인정되더라도 원청은 ‘고용의무’만을 부담할 뿐 사용자가 아니므로 원청에 대해 직접 ‘근로자 지위의 확인’을 구하는 소를 제기하거나, 부당해고의 구제 신청을 할 수 있는 것으로 이론 구성하기는 어려워진다. 이런 점에서 ‘직업안정법 적용론’이 근로자 보호에 더 유리하다는 주장이 있을 수 있다.

그러나 ‘파견법 적용론’에 의하더라도, 하청에 의해 해고된 근로자는 하청의 해고 여부와 무관하게⁸⁸⁾ 원청에 고용의 의사표시를 구하는 소송을 제기할 수 있으며, 불법파견의 효력이 부정되는 경우에 대비하여 하청을 상대로 부당해고 구제 신청을 병행할 수 있다⁸⁹⁾는 점에서 근로자 보호

87) ‘직업안정법 적용론’에 따를 때 불법파견의 법률관계에서 하청 근로자의 부당해고 구제신청에 대한 원청의 피신청인 적격이 존재함은 확실하므로 본문과 같은 결론이 가능하다. 이 때 근로자를 해고한 자는 원청이 아닌 하청이기 때문에 이를 원청의 해고로 간주하여 부당해고 구제절차를 진행하는 것이 해석상 가능한 것인지에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 해고의 주체가 원청이 아닌 하청이기 때문이다. 일반적인 사내하도급에서는 노무의 제공이 이루어지는 장소에 대한 지배·관리권이 원청에게 있기 때문에 원청의 하청 근로자에 대한 사업장에의 출입 거부, 퇴거 요구가 있는 경우에는 그 자체로 원청의 해고의 의사표시가 있었던 것으로 보고 구제절차를 진행할 수 있다. 그러나 만일 그러한 사정이 인정되지 않는 경우에는 하청의 해고를 원청의 해고로 평가할 수 있는 객관적 사정이 존재해야 구제절차의 진행이 가능할 것이다. 해석론으로는 하청과 하청 근로자 간의 근로계약관계는 존재하지 않는 것처럼 취급하고 하청에 의해 이루어진 해고를 원청의 해고로 간주하는 방법도 생각해볼 수 있다. 그러나 하청의 실체가 부정되어 하청의 행위를 원청의 행위와 동일한 것으로 평가할 수 있는 경우가 아닌 한 이러한 해석은 지나친 의제로 보인다.

88) 원청과 별개의 존재인 하청의 해고가 원청의 고용의무의 이행에 영향을 줄 하등의 이유가 없고, 하청의 해고가 원청의 해고로 인정되는 경우를 가정하더라도 고용의무의 이행으로 근로계약관계가 성립하기 이전에 원청의 해고가 성립하는 것은 논리적으로 불가능하기 때문이다. 반면, 직업안정법 적용론에 의하면 원청이 하청의 해고사유를 다시 해고사유로 삼아 근로자를 해고하는 것이 가능하다. ‘직업안정법 적용론’에 의하면 구제절차가 진행되는 도중에도 원청과 하청 근로자 사이에는 이미 근로계약관계가 성립한 상태이기 때문이다. 이런 점에서도 ‘직업안정법 적용론’이 근로자 보호에 더 충실하다고 단정하기는 어렵다.

89) 이 때 원청에 대한 고용의 의사표시를 구하는 것과, 하청에 대한 부당해고구제절차를 진행하는 것이 논리적으로 모순이 아닌가 하는 의문이 들 수 있으나, 불법파견의 법률관계는 하청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 전제로 하는 것이므로 양 청구가 논리적으로 양립하는데 아무런 문제가 없다고 보는 것이 타당하다. 이러한 논리에 대해서는 불법파견인 경우 근로자파견계약은 물론, 하청과

에 특별히 미흡한 점이 있다고 보기는 어렵다고 생각한다. 앞서 살펴본 것처럼 소송절차에서 ‘근로자지위의 확인을 구하는 것’과, ‘고용의 의사표시를 구하는 것’ 사이에 근로자 구제의 측면에서 실질적인 차이가 없기 때문이다. 다만, ‘파견법 적용론’을 취하면 원청을 직접 피신청인으로 하여 노동위원회에 부당해고 구제절차를 진행하기 어려운 점은 있다. 그러나 불법파견 사건은 중국에는 법원의 판단에 의해 사건이 종결되는 것이 일반적인 경향임을 고려하면 ‘파견법 적용론’이 확실한 소송상 구제수단을 보유하고 있는 이상 ‘직업안정법 적용론’에 비해 그 구제 수단에 미흡한 점이 있다고 단정하기는 어렵다. 노동위원회 구제절차의 선택이 실질적인 5심제로 작용하여 오히려 절차의 지연을 가져올 수 있다는 점까지 고려하면 더욱 그렇다.

요컨대, ‘파견법 적용론’에 의할 때 하청 근로자가 원청을 상대로 노동위원회를 통한 부당해고 구제신청을 하는 것은 피신청인 적격의 문제⁹⁰⁾로 인해 해석상 논란이 있을 수 있으나, 원청을 상대로 고용의 의사표시에 갈음하는 판결을 구하는 소송을 제기할 수 있는 이상 근로자 구제에 문제가 있다고 보기는 어렵다.

나) 근로자의 임금 등 근로조건의 측면에서 파견법 적용이 근로자에게 오히려 유리한 점

위장도급은 인건비 절감을 목적으로 행해지기 때문에, 하청과 하청 근로자 사이에 체결된 근로계약상의 근로조건은 원청에서 유사·동종의 업무를 수행하는 근로자보다 더 낮은 것이 일반적이다. 따라서 위장도급의

하청 근로자 사이의 근로계약관계도 강행법규 위반으로 무효가 된다고 보아야 한다는 반론이 있을 수 있는데, 파견계약관계의 무효는 별론으로 하고 하청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계까지 일률적으로 무효라고 보아야 하는지는 의문이다. 이런 결론은 경우에 따라 하청의 사용자로서의 책임을 면책시키는 결과를 낳을 수 있기 때문이다.

90) 노동위원회규칙 제60조 제1항 제3호는 사용자가 아닌 자를 상대로 한 구제신청을 각하하도록 규정하고 있다.

법적 취급에 있어서 근로자보호에 보다 충실하기 위해서는 원청이 하청 근로자에 대하여 근로계약 상 사용자로서의 책임을 부담하게 하는 것에 더해 그 근로조건 또한 원청에서 유사·동종의 업무를 수행하는 근로자의 수준이 되도록 할 필요가 있다.

파견법 적용론에 의할 때 파견법 제 6조의2 제3항 제1호의 규정⁹¹⁾에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우파견근로자의 근로조건은 “사용사업주(원청)의 근로자 중 당해 파견근로자(하청 근로자)와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자에게 적용 되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건”에 따르게 되므로 이러한 요구를 충족시킬 수 있게 된다. 나아가, 하청 근로자는 근로제공이 있었던 시점부터 원청에 대해 위 근로조건에 따른 고용의무의 이행을 구할 수 있는 자의 지위에 있게 되므로, 근로제공 시점부터 원청이 고용의 의사표시를 한 시점(혹은 고용의 의사표시에 갈음하는 판결이 확정된 시점)까지 동종·유사 업무를 수행하는 근로자와의 임금차액을 고용의무 불이행을 청구원인으로 한 손해배상으로서 원청에 청구할 수 있다.⁹²⁾

91) 「파견근로자보호등에관한법률」 제6조의2 ③제1항의 규정에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우에 있어서 파견근로자의 근로조건은 다음과 같다.

1. 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의할 것
2. 사용사업주의 근로자 중 당해 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 당해 파견근로자의 기존의 근로조건 수준보다 저하되어서는 아니될 것

92) 이러한 법률구성은 현행법을 근거로 한 것이고, 구 파견법이 적용되는 사례에는 그대로 적용하기 어렵다. 2년을 초과하여 파견근로자를 사용한 경우에만 고용의무의 발생을 인정하였던 구 파견법[2012. 2. 1. 법률 제11279호 (시행 2012. 8. 2.)로 개정되기 이전의 것]이 적용되는 사안에서는 현행법과 달리 근로제공 후 2년이 경과하는 시점에 비로소 원청의 고용의무가 발생하므로 근로제공 시점 이후 2년이 될 때까지의 기간 동안은 채무불이행 책임을 인정할 수 없기 때문이다. 그러나, 이 경우에도 2006. 12. 21. 법률 제8076호(시행 2007. 7. 1.)로 개정된 파견법에서 인정된 차별금지 규정의 위반의 불법행위를 청구원인으로 구성하면 여전히 임금 차액에 대한 손해배상청구가 가능하다고 생각한다. 다만 구 파견법의 고용의제 규정 폐지 이후 동 개정법 이전의 사안에서는 차별금지 규정의 적용도 받지 못하기 때문에 근로제공 시점 이후부터 2년이 되기까지의 임금차액 상당액에

반면, 위장도급의 법적 취급에 관한 ‘직업안정법 적용론’에 따르는 경우 원청과 하청 근로자 사이의 근로조건은 해석의 영역으로 남게 된다. ‘직업안정법’에는 원청과 하청 근로자 사이의 근로조건에 관한 법적 근거가 없기 때문이다. 일반적으로 근로계약상의 근로조건에 대해 따로 법률에서 정해진 바가 없다면 취업규칙이나 단체협약에 의해 일률적으로 적용 받게 되는 근로조건을 제외 한 근로조건은 개별 계약의 내용에서 도출되므로 그 내용은 결국 당사자의 의사해석의 문제로 귀결된다.⁹³⁾ 위장도급의 법률관계에 ‘종속효과 원칙’을 적용하여 원청과 하청 근로자 간의 근로계약 성립을 의제하는 경우에도 근로조건을 규율하는 특별한 법적 근거가 없으므로 같은 원칙에 따라야 할 것이다. 그렇다면 원청과 하청 근로자 사이의 근로조건은 하청과 하청 근로자 사이의 근로조건에 의해 정해진다고 보아야 한다. 위장도급의 법률관계에서 원청은 하청의 근로조건 결정에 절대적 영향력을 행사하는 것이 일반적이어서 하청의 의사를 원청의 의사로 보아도 큰 무리가 없고, 근로자는 하청과의 근로계약을 체결한 당사자로서 해당 근로계약에 따른 근로조건을 수용할 의사를 가지고 있었음이 분명하기 때문이다. 결국 ‘직업안정법 적용론’에 따르면 원청과 근로계약관계가 성립된 하청 근로자의 근로조건은 하청과의 근로계약관계에 따른 근로조건을 상회할 수 없게 되어 원청에 하청 근로자와 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우 ‘파견법 적용론’보다 더 불리한 결론이 된다. ‘직업안정법 적용론’을 취하면서도 이런 결론을 피하기 위해 원청에 하청 근로자와 동종·유사 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 원청과 하청 근로자 사이의 근로조건도 그에 따

대해서는 청구가 곤란할 것이다. 실무상으로는 임금채권에 적용되는 3년의 단기 소멸시효 기간을 기준으로 하여 시효중단 시점인 소 제기 시 이전 3년까지의 임금 차액만을 청구하고 있기 때문에 이러한 논의가 실제 사건에서 문제된 경우는 없었다.

93) 물론 근로계약관계에는 근로기준법 등 노동법이 적용되므로 노동 관련 법령이 정한 기준을 하회하는 경우에는 법에 따라 근로조건이 정해질 것이다. 그러나 법의 기준은 최소기준에 불과하므로 결국 근로조건은 개별 계약과 취업규칙 및 단체협약의 해석에 달려 있다.

르도록 하는 해석론을 취할 수는 있을 것이나 법적 근거 없이 노동법상의 ‘종속효과의 원칙’만으로 이러한 법률효과를 도출하는 것은 과도한 해석이다.

요컨대, ‘파견법 적용론’에 의할 경우, 하청근로자는 원청의 근로자 중 하청 근로자와 동종·유사업무를 수행하는 자의 근로조건을 그대로 적용받을 수 있게 되고, 근로제공 시점부터 고용의 의사표시에 갈음한 판결이 확정되는 시점까지의 하청 근로자의 근로조건에 따른 임금과 동종·유사 업무를 수행하는 원청 근로자의 근로조건에 따른 임금의 차액을 고용의무 불이행에 따른 손해배상청구권을 청구원인으로 하여 원청에 청구할 수 있는 반면, ‘직업안정법 적용론’에 의하면 이러한 법리 구성이 어렵게 된다.

다) 위장도급 규제의 강도(強度) 및 위하적 효과 측면에서 파견법 적용론이 우위를 갖는 점

사용사업주 및 그 대표자에 대한 형사처벌 규정은 파견을 억제하는 매우 강력한 효과를 발휘할 수 있고, 실제 파견이 문제된 경우 근로자 측의 협상력을 강화한다는 측면에서도 상당한 의미를 갖는다. ‘파견법 적용론’에 의할 경우 불법파견이 인정되는 경우 근로자를 파견한 자 뿐 아니라 근로자를 파견 받은 자 또한 파견법 제43조 1의2호에 따라 3년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금에 처하며, 동법 제45조는 이에 대한 양벌규정을 두고 있다. 그러나 현재 직업안정법상 위법한 근로자공급사업에 따른 형사처벌 규정은 근로자를 공급한 자에게만 적용⁹⁴⁾되기 때문에 불법파견을 억제하는 데에 한계가 존재할 수밖에 없다. 위장도급의 법률관계는 우월적 지위에 있는 원청의 주도하에 행해지는 것이 일반적이라는 점을 고려하면 원청에 대해 형사처벌 규정을 적용하기 어려운 ‘직업안정법 적용론’의 한계는 더욱 분명하게 드러난다.⁹⁵⁾

94) 직업안정법 제47조 제1호

3) 파견법 적용론의 한계점

위장도급의 법률관계에 대하여 파견법을 적용하는 견해는 원청의 하청 근로자간의 사용종속관계가 인정되는 위장도급의 유형에서는 실효성을 갖지만 ‘사용종속관계’까지는 인정되지 않으나 원청에 사용자로서의 책임을 인정할 필요성은 있는 위장도급의 유형에 대해서는 규제가 어렵다는 한계점을 갖는다. 사용자로서의 책임을 외주화하기 위한 목적으로 도급이라는 사법의 형식을 취하는 사업 방식이 지속적으로 확대되고 있는 상황에서 기존의 ‘사용종속성’ 표지에 따른 근로자 보호만으로는 노동법이 그 역할을 충실히 해내고 있다고 평가할 수 없다.

III. 위장도급의 법적 규율 방법에 관한 기타의 견해들

1. 공정거래법 등 인접법의 적용을 통한 해결 모색

최근에는 경제법 등 인접법률을 통해 ‘하청’을 보호함으로써 하청 근로자를 보호하고자 하는 주장도 구체적이지는 않으나 시론적 차원에서 주장되고 있다.⁹⁶⁾ 하청 근로자의 근로조건이 하도급대금의 수준과 밀접하

95) 위장도급을 파견의 프레임 안에서 해결하는 것이 타당한지에 관한 일본의 논의에서는 “직안법에 기해 근로자공사업이 된 경우 수급인뿐 아니라 공급된 근로자를 사용한 발주기업에도 별칙의 적용이 있음에 반하여 파견법상으로는 파견 근로자를 사용한 기업에 해서 별칙이 없는 탓에 (실질적으로 우월한 지위에 있는 발주자/사용사업주에 대한) 위장도급의 억제라는 점에서 불비가 있다는 지적이 유력하게 제기된 바 있는데(浜村彰, “偽裝請負に對する法的規制の貧困”, 「法律時報」 제79권 제12호, 日本評論社, 2007, 2면, 최석환, 위장도급을 둘러싼 일본 노동법의 대응 - 파나소닉 PDP 판결에 대한 일련의 평석들을 중심으로 -, 노동법연구 31호, 2011. 9. 124면에서 재인용), 이러한 논리는 일본과 반대로 근로자공급사업에는 근로자를 공급한 자에 대한 처벌 규정만 있고 파견법에 위법한 파견을 받은 사용사업주를 처벌 하는 규정이 있는 국내의 법제 하에서는 파견법의 틀 안에서 불법파견을 규율해야 한다는 논거로 사용될 수 있을 것이다.

96) “하도급문제는 원·하청근로자간의 근로조건 등에 있어 격심한 차이에서 오는 것이라 생각하고, 이러한 문제를 보다 근본적으로 해결하기 위해서는 공정거래차원에서 그 해결책을 모색하는 것이 하나의 대안이 되지 않을까 생각 한다”는 견해로 이정, 도급과 파견의 구별기준에 관한 법리-판례의 변천의 문제점을 중심으로

게 연동되어 있는 현실에서 「하도급거래 공정화에 관한 법률」이 규정하고 있는 하도급대금의 부당결정(동법 제4조), 부당감액 금지 규정(동법 제11조)은 하도급 대금의 적정성을 유지할 수 있도록 하여, 하청 근로자의 근로조건 보장에 분명 도움이 될 수 있을 것이다. 또한 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 금지하고 있는 불공정거래행위의 유형 중 부당한 거래 중단 금지 규정(동법 제23조 제1항 제1호 전단)은 원청이 하청과의 하도급 거래를 부당하게 중단함으로써, 하청 근로자들의 고용불안을 가중시키는 것을 막는 역할을 할 수 있다. 이와 같이 경제법이 하청을 보호하는 것을 통해 결과적으로 하청 근로자를 보호할 수 있다는 주장은 나름의 설득력을 가진다.

그러나 위와 같은 의의에도 불구하고, 경제법을 활용하는 방안은 근로자를 직접 보호하는 것이 아닌 하청을 보호하는 것을 통해 간접적으로 근로자를 보호하는 방법이라는 점에서 근본적인 한계가 있다. 특히 경제법의 규율은 원청과 하청의 이해관계의 대립을 전제로 하는 것인데, 위장도급의 법률관계의 상당수는 근로자의 활용에 있어서 원청과 하청 간의 협력관계가 형성되어 있다는 점에서, 경제법의 적용이 위장도급의 법률관계를 규율하기 위한 효율적인 수단이 되기는 어렵다. 또한 경제법은 노동법과의 목적상의 차이로 인해, ‘공정거래저해성’⁹⁷⁾ 등 근로자보호와는 무관한 요건을 충족시켜야 한다는 점에서 근로자 보호의 직접적 수단으로 기능하는데 일정한 한계가 있다.

로-, 노동법논총 34집, 2015.8. 263-265면

97) 부당한 거래 중단 등 공정거래법상 불공정거래행위의 ‘부당성’은 ‘공정거래 저해성’을 의미하며 ‘공정거래 저해성’은 경쟁제한성과 불공정성을 포함하는 개념으로 본다. 경쟁제한성이란 당해 행위로 인해 시장 경쟁의 정도 또는 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 수가 유의미한 수준으로 줄어들거나 줄어들 우려가 있음을 의미한다. 불공정성(unfairness)이란 경쟁수단 또는 거래내용이 정당하지 않음을 의미한다. 경쟁수단의 불공정성은 상품 또는 용역의 가격과 질 이외에 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용함으로써 정당한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있음을 의미한다. 거래내용의 불공정성이라 함은 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음을 의미한다. 공정거래위원회, 불공정거래행위 심사지침(2015. 12. 31. 개정 공정거래위원회 예규 제241호) 24-25면

결론적으로 경제법의 적용이 위장도급에 있어서의 노동법적 규율을 대체시킨다거나 노동법적 규율의 필요성을 약화시킨다고 보기는 어렵다. 다만, 노동법의 규율과 함께 이루어지는 경제법의 철저한 적용은 하청 근로자의 권리보호에 긍정적 영향을 줄 수 있으리라 생각한다.

2. 균등대우 원칙 내지 차별금지를 통한 해결 모색

위장도급의 법적 규율 방식과 관련하여, 원청이 하청 근로자를 정규직 근로자로 고용하도록 하는 방식으로 규율하는 태도에 대해 비판하면서, 기업의 노동력 활용방식은 경영상 자유에 속하므로 그 규제를 완화하되, 노동시장이 이중화되고 분절화되어 있는 상황임을 고려해 균등대우의 원칙이나 차별금지의 원칙들이 자리 잡아야 할 것이라는 주장이 있다. 이러한 견해는 파견에 대한 규제 완화의 반대급부로 평등대우 원칙을 확대한 독일의 사례⁹⁸⁾를 원용하고 있는데, “독일의 기업주들은 외부 노동력 활용의 이점을 적극 활용하고 있고, 독일 법원도 파견을 사용사업주가 인사권을 가진 경우로 제한 해석하며, 독일 정부도 외부노동력 이용 방식에 제한을 두려하지 않는 현 상황에서 우리 입법자들과 사법부가 정반대로의 길을 가는 것이 옳은지 진지하게 살펴보아야 할 것”이라고 주장한다.⁹⁹⁾

이와 같은 주장 중 노동시장의 이중화와 분절화에 대응하는 방식으로 균등대우의 원칙이나 차별대우의 원칙이 자리 잡아야 한다는 견해는 타당하다. 그러나, 균등대우의 원칙이나 차별대우의 원칙이 원청과 하청 근로자 사이의 고용관계 성립을 인정하는 종래 위장도급의 규율 방식을 대

98) 이와 관련된 독일 근로자파견법의 상세한 내용으로는 김기선, 독일 내 파견근로의 실태와 최근의 논의, 노동법연구 제29호, 2010. 9. 181-183면 참조

99) 김영문, 외부노동력 활용을 위한 법적 형태의 진화, 노동법 논총, 제27집. 2013, 154면, 이와 달리 독일의 규율완화 경향에 대한 비판적 평가도 존재한다. 이에 대한 상세한 내용은 김기선, 독일 내 파견근로의 실태와 최근의 논의, 노동법연구 제29호, 2010. 9. 참조

체할 수 있는 방안이라는 점에 대해서는 동의하기 어렵다. 균등대우의 원칙은 하청 근로자의 근로조건 보장이라는 측면에서는 효과가 있을 수 있으나, 위장도급이 행해지는 목적 중 해고제한의 회피와 노조활동의 억제라는 측면에서는 효과를 기대하기에 한계가 있기 때문이다. 나아가 위와 같은 견해는 예외적으로만 인정되어야 할 실질적 사용자와 계약상 사용자의 분리현상을 균등대우 내지 차별대우 원칙을 근거로 합리화 할 우려가 있다는 점에서도 문제가 있다.

제 4절 소결론

위장도급의 법적 취급에 관한 종래의 논의는 원청과 하청 근로자 사이의 직접적 근로계약관계의 성립을 인정하기 위한 법적·이론적 근거를 찾는데 초점을 맞추고 있었고, 그 결과 근로계약의 성립을 통해 사용자로서의 모든 책임을 부담하거나, 근로계약관계의 성립이 부정되어 아무런 책임도 부담하지 않는 ‘모’ 아니면 ‘도’의 결론이 되어 판단의 부담을 가중시킬 뿐 아니라 사용자로서의 ‘부분적 책임’을 긍정해야 할 필요성이 있는 사실적 상태를 법의 규율영역으로 포섭하지 못하게 되는 문제점이 있다. 사용자들이 도급이라는 사법계약의 형식을 빌려 노동법적 규제를 회피하는 현상이 갈수록 가속화되는 현실에서 종래의 틀에 갇혀서는 근로자에 대한 적절한 보호를 달성하기 어렵다고 할 것이다. 이런 점에서 고용관계의 성립을 전제로 하지 않는 영역에서 원청의 책임을 어느 정도 수준까지 확대할 수 있을 것인지에 대한 진지한 고민이 필요하다. 이하에서는 이런 관점에서 노동법적 규율의 대상이 되어야 할 위장도급의 법률관계를 유형화해보고 각각의 판단기준에 대한 검토를 해보고자 한다. 아울러, 종래의 파견법 적용론이 가지고 있던 근본적 문제점인 판단기준의 모호성을 해결하기 위한 방안을 모색해보고자 한다. 이러한 새로운 방안 제시에 있어서의 핵심은 ‘규제가 필요한 위장도급의’ 사실적 상태

‘를 단계별로 유형화 한 후 해당 유형별로 적절한 법적효과를 부여하는 것’에 있다. 규율이 부재되어 있는 사실상태에 대한 유형화 및 법적효과의 부여는 해석론적 측면에서 접근하기에는 한계가 있으므로 결국 논의는 입법론으로 귀결될 것이다.¹⁰⁰⁾

100) 같은 입장에서, “사내하청의 문제를 노동시장과 재화시장의 중간영역에 존재하는 회색지대(gray zone)으로 위치지우고, 이러한 법현상에 대해서는 해석론상의 조작을 지양하고, ‘있는 사실 그대로’(as it is)실태에 즉응하는 해법을 찾아야 한다”는 견해로 이철수, 이다혜, 한국산업구조의 변화와 노동법의 새로운 역할, 서울대학교 법학 제58권 제1호, 2017. 3. 156-159면 참조

제 3장 위장도급의 법적 취급에 관한 새로운 접근

제 1절 위장도급의 법적 취급 방법의 유형화 필요성

종래 위장도급의 논의는 주로 불법과건의 인정여부에 관한 논의로 이루어져 왔고, 앞서 ‘파견법 적용론’의 한계점에서 지적한 바와 같이 이러한 접근 방식만으로는 노동법이 근로자 보호라는 역할을 제대로 수행할 수 없게 되었다. 따라서 위장도급의 개념을 종래와 같이 불법과건과 동일한 의미로 사용해서는 안 되며 ‘실제로는 노동법령상의 사용자로서의 책임을 부담하여야 할 지위에 있는 자가 그 책임을 회피하기 위한 목적으로 도급의 형식을 취하고 있는 것’으로 넓게 정의하여야 한다는 점은 전술한 바와 같다. 문제는 어떤 경우에 원청에 대하여 사용자로서의 책임을 확대할 것인지와 각각의 경우 원청의 책임을 어떤 내용으로 구성할 것인지다.

규제의 필요성이 있는 위장도급의 유형을 분류하는 데에는 여러 방법이 있을 수 있으나, 노동법적 보호 대상을 먼저 확정된 후 이에 따라 규제 필요성이 있는 위장도급의 유형을 분류해나가는 것이 도급계약 중 노동법적 보호 필요성이 있는 유형을 찾아내려는 목적 달성에 충실할 것이다. 이와 같은 관점에서 노동법적 보호 필요성이 있는 범주를 전통적인 구분 방식에 따라 ‘개별법 영역에서의 보호’와 ‘집단법 영역에서의 보호’로 구분해 볼 수 있고, 여기에 하나의 범주를 더한다면 ‘산업안전 영역에서의 근로자 보호’를 추가할 수 있다.

위장도급에 있어서 ‘개별법 영역에서의 보호’가 필요한 유형으로는 다음과 같은 경우를 생각해볼 수 있을 것이다. 첫째, 하청의 법인격이 남용

되어 원청이 사용자로서의 책임을 면탈할 의사로 하청을 이용한 것으로 인정되는 유형이다(1유형 ‘법인격 부인형’). 원청이 자신이 지배하고 있는 하청을 이용하여 노동법적 책임을 회피하는 경우가 이에 해당한다. 둘째, 원청이 하청 근로자에 대하여 지휘명령을 하는 경우 즉, 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’가 인정되는 경우로 종래 판례가 파견법에 의해 규율오던 유형이다(2유형, ‘불법파견형’). 셋째, 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’는 인정되지 않고 하청의 법인격이 남용된 경우도 아니지만 하청이 근로자에 대하여 부담하는 사용자로서의 책임을 원청이 연대하여 부담할 필요성이 있는 유형이다(3유형, ‘연대책임 인정형’). 원칙적으로 근로계약관계의 당사자인 하청이 사용자로서의 책임을 부담하지만, 하청이 책임을 지지 못하는 상황이 발생하고 이에 대한 원청의 귀책사유 등이 있어 특정한 요건 하에 원청이 하청 근로자에 대하여 연대책임을 부담할 필요성이 있는 경우다. 다음으로, ‘산업안전 측면에서의 보호’가 필요한 유형으로는 하청 근로자가 원청의 지배 관리권이 미치는 영역에서 업무를 수행하고 있거나, 도급 대상이 되는 업무에 산업재해 발생 위험이 내재되어 있어 하청 근로자의 안전에 대해 원청의 책임을 부담하여야 하는 경우(4유형, ‘보호의무 발생형’)를 생각해볼 수 있을 것이다.¹⁰¹⁾ 마지막으로 ‘집단법 영역에서의 보호’가 필요한 유형으로는, 원청이 하청 근로자의 근로조건을 사실상 결정할 수 있는 지위에 있어 노동3권의 실현을 위해 원청에 하청 근로자에 대한 집단법상의 책임을 인정해야 하는 경우를 생각해볼 수 있다(5유형, ‘집단법상 책임 인정형’). 이를 간단히 표로 정리하면 아래와 같다.

101) 단, 이 유형은 ‘개별법 영역에서의 보호가 필요한 유형’에 포함되지 않는 경우에 문제된다. 개별법적 사용자로서의 책임이 확대되는 경우에는 사용자의 지위에서 근로자의 산업안전에 따른 책임을 당연히 부담하게 되기 때문이다. 다시 말해 ‘산업안전 측면에서의 보호’가 필요한 경우를 독자적 유형으로 분류한 이유는 개별법상 사용자로서의 책임을 원청에 부담시킬 수 없지만 ‘산업안전에 따른 책임’을 원청에 확대시켜야 하는 경우를 상정한 것이다.

[표 1. 노동법적 보호가 필요한 도급계약의 유형 분류]

구분	개별법 측면의 보호	산업안전 측면의 보호	집단법 측면의 보호
1유형	법인격부인형	-	-
2유형	불법과건형		
3유형	연대책임 인정형		
4유형	-	보호의무 발생형	-
5유형	-		집단법상 책임 발생형

위와 같은 유형 중 법인격 부인형은 하청의 사업주로서의 실체성이 부인되면 원청과 하청 근로자 간의 근로계약관계의 성립을 인정하는 종래의 ‘묵시적 근로계약관계의 법리’와는 구분할 필요가 있다. 하청의 실체 자체가 부정되어 원청과 하청 근로자 사이의 직접 고용관계가 성립된다는 의미에서의 ‘법인격 부인’이 아니라, 하청의 실체유무를 불문하고 신의칙과 형평의 관점에서 배후자에게 책임을 추급할 수 있다는 의미에서의 독자적 유형으로 이해해야 한다.¹⁰²⁾

또한 3유형과 4유형은 1, 2 유형이 성립하지 않는 경우에 검토할 실익이 있는 보충적 형태의 유형이다. 1, 2 유형은 원청에 노동관계법령상의 사용자로서의 지위를 인정하기 때문에 3, 4, 유형에서 보호하고자 하는 영역을 당연히 포함하고 있다. 즉, 3, 4유형은 원청에 노동관계법령상의 사용자로서의 지위를 인정할 수는 없지만 하청 근로자의 보호 필요성은 있는 경우를 상정한 것이다.

이하에서는 위 각 유형의 의의 및 판단기준과 법적 효과에 대하여 상세히 살펴보기로 한다. 다만, 본 논문에서 다루는 범위가 ‘개별법 관계에서의 위장도급의 법적 취급’인 점을 고려하여 집단법적 보호의 측면은 검토의 대상에서 제외하기로 한다.

102) 묵시적 근로계약관계의 법리는 별도의 유형으로 상정하지 않았다. 동 법리는 민법의 계약성립이론에 기초하고 있다는 한계가 있고 그 요건의 지나친 엄격성 때문에 위장도급의 법적규율 방법으로서 적합한 이론이라고 보기 어렵기 때문이다. 다만, 묵시적 근로계약관계의 법리가 과건관계를 규율하기 위한 판단요소로서 고려한 하청의 사업주로서의 실체성의 문제는 법인격남용의 유형에서 충분히 고려될 수 있을 것이다.

제 2절 위장도급의 법적 취급에 관한 유형별 검토

I. 법인격 부인형 : 사용자로서의 중첩적 책임 인정

1. 의의

법인격 부인론은 “법인격 자체를 박탈하지 않고 그 법인격이 남용된 ‘특정한 경우에 한하여’ 그 회사의 독립적인 법인격을 제한함으로써 회사 형태의 남용에서 생기는 폐단을 시정하고자 하는 이론¹⁰³⁾”을 말한다. 법인격 부인론은 종래 사원과 회사의 법인격을 분리시키고 사원에 대해서는 유한책임만을 인정 하는 회사법 제도의 폐단을 시정하기 위해 등장한 이론으로서 이를 노동법률 관계에 어떤 요건 하에 적용할 수 있는지에 대한 본격적인 논의는 아직까지 없었다.¹⁰⁴⁾ 그러나 법인격 부인론은 계약관계의 형식을 중시한 해석으로는 형평의 관점에서 타당한 결론을 이끌어 낼 수 없는 경우에 실질을 기준으로 법적 책임을 부담해야 할 자를 가려내는 이론이라는 점에서, 계약의 형식이 아닌 실질을 기준으로 법적 책임의 부담주체를 정하는 것을 기본원리로 하는 노동법과 공통점을 갖는다. 이런 점에서 위장도급의 법적취급에 관한 문제를 검토함에 있어서도 ‘법인격 부인론’은 독자적 의의를 가질 수 있다고 판단된다. 특히 ‘법인격 부인론’이 노동법과 같은 사회법의 영역이 아닌 사법(私法)영역에서 발달해온 이론이라는 점을 고려하면 그 본질 상 사적자치 및 계약자유의

103) 정찬형, 상법강의上 제8판, 박영사, 2005

104) 노동법 관계에서의 법인격 부인론을 언급한 연구로는 이승길, 김준근, 업종별 도급과 파견의 구별에 관한 담론, 산업관계연구 25권 제4호, 2015. 2. 45-50면, 류문호, 사내하도급에서 사용자 개념의 판단법리, 노동법 포럼 제7호, 2011. 224-225면 등이 있으나, 회사법상의 법인격부인론을 그대로 원용하면서 그 요건의 엄격성으로 인해 불법파견 문제를 해결하기 위한 법리로는 한계가 있다는 점만을 지적하고 있을 뿐 노동법관계의 특수성을 반영한 법인격 부인론의 독자적 해석이 가능한 것인지에 대해서는 다루고 있지 않다.

원칙이 더 후퇴할 수밖에 없는 사회법의 영역, 특히 노동법률관계에서는 더 완화된 요건 하에서 적용될 수 있다고 보는 것이 논리적이다. 이에 대해 검토하기 위해 우선 회사법상의 법인격부인론의 의의 및 그 인정 근거와 법인격 부인론이 회사법이 아닌 다른 법 영역에 확대 적용된 조세법 분야에서의 사례에 대해 살펴본 이후, 노동법적 특수성을 반영한 해석을 통해 위장도급의 법적규율을 위한 해석론으로서 ‘법인격 부인론’을 재정립해볼 것이다.

2. 종래의 법인격 부인론의 검토

가. 미국 판례 법리로서의 법인격 부인론¹⁰⁵⁾

법인격 부인론은 19세기 후반부터 미국의 판례에 의해 발달한 이론으로, 20세기 초반 이론의 형태로 확립되어 독일, 프랑스, 일본, 우리나라 등 많은 나라의 판례에서 수용 되었다.¹⁰⁶⁾ 미국에서는 1931년 법격부인론의 요건이 정리되기 시작하였고,¹⁰⁷⁾ 세가지 주요 이론으로 (1) 도구이론(instrumentality theory), (2) 분신이론(alter ego theory), (3) 동일체이론(identity doctrine)이 있다.¹⁰⁸⁾

“도구이론은 Lowendahl v. Baltimore & Ohio Railroad판결¹⁰⁹⁾에서 정립된 것으로 평가 되며, 문제 된 회사가 지배주주의 도구에 불과하기 때문에 법인격이 부인된다고 설명한다. 이에 의하면 다음과 같은 세 가지 요소가 입증 될 경우에 개인주주가 회사의 행위에 대해 책임을 지게 된

105) 법인격 부인론은 미국판례법리로 발전되어 온 이론이므로 국내에서의 논의를 확인하기에 앞서 그 내용을 간략하게나마 살펴볼 필요가 있다.

106) 정봉진, 법인격부인론의 합리적 재구성, 원광법학 제28권 제1호 2012, 240면

107) 김병연, 법인격 남용의 새로운 유형과 법인격부인론의 적용. 상사판례연구 21권 제1호, 2008, 121면

108) 정봉진, 법인격부인론의 합리적 재구성, 원광법학 제28권 제1호 2012, 247면

109) Lowendahl v. Baltimore and Ohio Railroad Company, 273 N.Y. 584 (NY 1937)

다. 그 세 가지 요소는 ① 책임을 질 사람에 의한 회사 지배가 완벽 하여 회사가 자기 자신의 별개의 의사 의지나 존재를 가지지 않았을 것 ② 책임을 질 사람의 회사 지배가 법인격을 부인하려는 사람에 대한 사기 또는 유사한 불법행위를 하는 데 이용 되었을 것 그리고 ③ 그와 같은 지배나 잘못으로 말미암아 원고에게 손해 또는 불공정한 손실을 야기하였을 것이다.”¹¹⁰⁾

“분신이론은 문제 된 회사가 지배주주의 분신이기 때문에 법인격이 부인된다고 설명하며 ① 회사가 별개의 존재로 존재하지 않고 지배주주의 분신으로 격하 될 정도로 회사와 지배주주 간에 소유와 이해관계가 일치 하며 ② 회사와 지배주주를 서로 별개의 존재 로 인정하는 것이 사기를 승인하거나 불공평한 결과를 야기할 경우에 법인이 부인된다고 한다.”¹¹¹⁾

“동일체 이론은 문제 된 회사와 지배주주가 실질적으로 동일체이기 때문에 법인격을 부인할 수 있다고 설명하며, 이해관계와 소유권의 일치로 말미암아 회사의 독립성이 사실상 (unity of interest and ownership) 더 이상 존재하지 않게 되었거나 처음부터 존재하지 않았다는 사실을 원고가 입증 할 수 있을 경우에 별개의 존재라는 허구에 집착하게 되면 경제적 존재가 전체 기업의 이익을 위하여 하나의 회사를 경영함으로써 발생하는 책임으로부터 회피하는 것을 허하게 됨으로써 정의와 공평을 해치게 되므로 법인격이 부인된다고 설명한다.”¹¹²⁾

나. 우리나라에서의 법인격 부인론

우리나라에서는 대법원은 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 판결¹¹³⁾ 이후

110) Dombroski v. Wellmoint, Inc. 895 N.E.2d 538 (Ohio 2008) 정봉진, 앞의 논문, 247-248면에서 재인용

111) New York State Teamsters Conference pension and Retirement Fund v. Express Sers. Inc., 426 F.3d640 (2d Cir. 2005). 정봉진, 앞의 논문 248-249면에서 재인용

112) Zaist v. Olson, 227 A.2d at 558. 정봉진, 앞의 논문 249면에서 재인용

다수의 판결에 의해 법인격 부인론이 받아들여지고 있다.¹¹⁴⁾ 우리 판례는 법인격 부인의 근거를 민법상의 신의성실원칙에서 찾으며, 그 남용의 형태로는 지배주주가 법인을 완전히 지배한 경우¹¹⁵⁾, 기존 법인이 동일성 있는 신설법인을 이용한 경우¹¹⁶⁾, 친자회사 관계를 이용하는 경우¹¹⁷⁾, 다른 기존법인을 이용하는 경우¹¹⁸⁾ 등이 있다.¹¹⁹⁾

우리나라의 학설상 법인격 부인론과 관련하여서는 “① 법인격이 형해화된 경우와 법인격이 남용된 경우로 나누어 그 적용요건을 검토하는 견해가 있다.¹²⁰⁾ 1969년 일본 최고재판소가 법인격부인론의 적용유형을 위와 같이 두 가지로 구분한 것에서 유래¹²¹⁾하며 가장 많이 사용되는 분류 방법이다. 주주가 회사를 완전히 지배하여 개업사업에 불과한 경우가 형해화의 경우이며, 형해화의 정도에 이르지 않았더라도 배후에 있는 자가 법인격을 남용한 한 경우가 법인격이 남용된 경우이다. ② 지배 또는 형

113) 이른바 편의치적 사건으로 실제로 선박을 소유한 회사가 법률회피 목적으로 별개의 이름뿐인 회사를 설립한 사례로 실제 선박을 소유한 회사의 책임을 인정한 사례

114) 법원은 법인격 부인의 요건에 관하여 “회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 사람의 개인기업에 불과하거나, 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위배되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다.”고 판시하고 있다.(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다73400 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2011다103984 판결 등 참조)

115) 대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결

116) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다66896 판결

117) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결

118) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010다94472 판결

119) 신병동, 법인격남용론의 적용요건에 관한 판례 법리의 유형론적 고찰, 가천법학 제9권 제1호 2016. 3. 31. 115-116면

120) 최기원, 신회사법론(제14 개정판), 박영사, 2012, 59면 차한성, 법인격부인론, 민사판례연구 제24집, 2002, 577면; 염미경, 채무면탈을 위한 회사의 설립과 법인격부인론의 적용 요건, 법학논고 제38집, 경북대학교 법학연구원, 319면. 신병동, 법인격남용론의 적용요건에 관한 판례 법리의 유형론적 고찰, 가천법학 제9권 제1호 2016. 3. 31. 116면에서 재인용

121) 일본에서의 논의에 대한 상세한 내용은 정봉진, 법인격부인론의 합리적 재구성, 원광법학 제28권 제1호 2012, 260-264면 참고

태요건과 공정요건으로 나누어 설명하는 견해가 있다. 주주나 모회사에 의한 완전한 지배나 주주나 회사 간 또는 모회사와 자회사 간의 이해 및 소유의 일치 내지 상호 혼용이 있어야 한다는 지배 또는 형태요건(formalities requirement)과, 주주가 그 지배적 지위를 이용하여 계약, 신의칙, 법령위반 등의 불공정행위를 했거나 사원의 행위가 회사의 행위로 인정되면 형평에 어긋나는 결과가 발행한다는 공정요건(fairness requirement)이 구비되어야 한다는 견해이다.¹²²⁾ ③ 지배의 완전성, 재산의 혼용, 회사의 무자력이 필요하다는 견해가 있다. 회사가 독자적인 의사 내지 존재를 상실하고 그 지배주주가 자신의 사업의 일부로서 회사를 운영한다고 할 수 있을 정도로 완전한 지배를 행사하고 있어야 하고, 회사의 재산과 업무 및 대외적인 기업거래활동 등이 지배주주의 그것과 명확히 구분되지 않고 양자가 서로 혼용되어 있으며, 회사가 무자력하여 채무 변제를 하지 못하여야 한다는 견해이다¹²³⁾. 다음으로 주주의 주관적 남용의사를 요구하느냐에 관하여는 학자들 간에 이견이 있는데 다수의 견해는 특정 주주가 회사를 완전히 지배하고 회사의 사업이 개인 사업처럼 운용된다면 그 자체만으로도 회사제도의 이익을 향유할 가치가 없다고 보아야 하며, 따라서 주주의 남용의사는 불필요하다고 보고 있다.¹²⁴⁾”

다. 특수영역(조세)에서의 법인격 부인론

122) 정동윤, 회사법(7판), 박영사, 1999. 31면, 신병동, 법인격남용론의 적용요건에 관한 판례 법리의 유형론적 고찰, 가천법학 제9권 제1호 2016. 3. 31. 116-117면에서 재인용

123) 이철송, 회사법강의(제22판), 박영사, 2014, 54-55면, 신병동, 법인격남용론의 적용요건에 관한 판례 법리의 유형론적 고찰, 가천법학 제9권 제1호 2016. 3. 31. 117면에서 재인용

124) 이철송, 회사법강의(제22판), 박영사, 2014, 56면; 정동윤, 회사법(7판), 박영사, 1999. 32면, 신병동, 법인격남용론의 적용요건에 관한 판례 법리의 유형론적 고찰, 가천법학 제9권 제1호 2016. 3. 31. 117면에서 재인용

한편, 회사법상의 법인격부인론이 다른 법영역에 확대 적용된 사례로 조세법 상의 법인격부인론을 들 수 있다. 조세법상의 법률관계는 대표적인 공법(公法)관계로서 국가권력으로부터 시민의 자유를 보장하기 위한 행정의 법률적합성의 원칙이 적용되며, 동 원칙의 재산권보장 형식인 조세법률주의¹²⁵⁾의 지배를 받기 때문에 법률의 근거 없는 조세의 부과 징수는 불가능하다.¹²⁶⁾ 이러한 특수성 때문에 사법관계에서 주로 거래 상대방 보호를 위하여 발달된 법인격 부인론을 국가의 조세행정권 행사를 위한 법리로 활용할 수 있을 것인지에 대하여 논란이 존재해 왔다.

이에 대하여 부정하는 견해는 법인격부인론의 남용은 국민의 법적안정성과 예측가능성을 침해하고 과세관청에 의한 자의적 과세의 수단으로 전락할 우려가 있으므로 허용 할 수 없고¹²⁷⁾, 법인격 부인론을 적용하지 않더라도 조세법상의 실질과세 원칙을 적용하는 것을 통해 타당한 결론을 얻을 수 있다¹²⁸⁾고 주장한다. 반면, 긍정하는 견해는 “국세기본법 제15조 신의성실의 원칙을 근거로 당해 법인격을 인정하게 됨으로써 발생하는 과세권자의 불이익을 방지하는 차원에서 허용하되, 이는 법인격을 남용하여 불법행위를 함으로써 기인된 불이익에 한정하여 예외적으로 적용하여야 하며 세법상 법인격부인의 법리는 실질과세원칙과 관련하여 엄격하게 해석하여야 한다”¹²⁹⁾고 주장한다.

“법인격 부인론의 세법상 적용여부를 구체적인 쟁점으로 취한 판례로는 구 지방세법(2005. 12. 31. 법률 제7843호로 개정되기 전의 것) 제105조 제6항¹³⁰⁾에 관한 것으로, 명목회사(paper company)를 이용한 조세회피

125) 김성수, 일반행정법-제3판-. 2007, 법문사, 31면

126) 조세법률주의는 과세요건법정주의, 과세요건명확주의, 소급과세금지의 원칙 등을 그 핵심 내용으로 한다. (권영성, 헌법학원론, 2004, 박영사 702면)

127) 전동훈, 지방세법상 법인격의 부인법리의 이용에 한 연구, 세무학의 논점, (주)영화조세통람, 2008, 456, 458-459면 신만중, 세법상 법인격부인법리의 새로운 전개, 법학논집 제22권 제2호 2015년 8월, 351면에서 재인용

128) 임동원, 동업기업과세제도의 조세회피 관련규정에 관한 연구, 조세연구 제14권 제3집, 한국조세연구포럼, 2014, 59-60면

129) 박훈, 이상신, 세법상 법인격부인의 법리와 실질과세의 원칙의 관계, 조세법연구, 제16권 제1집, 한국세법학회, 2010. 406면, 421면

시도에 관한 과점주주 간주 취득에 따른 과세를 긍정한 대법원 전원 합의체 판결¹³¹⁾이 있다. 동 판결의 주요 내용은 모회사 갑(외국법인)이 100% 지분을 소유하고 있는 자회사들인 외국법인(을, 병)이 내국법인(정)의 지분을 50%씩 취득하고, 을 회사는 이외에 내국법인(무)의 지분 75%를 소유하고 있었는데, 병회사가 내국 법인(무)의 나머지 지분 25%를 취득하였다. 결국 외국법인인 갑이 자신이 100% 지분을 가지고 있는 자회사인 외국법인 을, 병을 이용하여 내국법인인 정과 무의 모든 지분을 전부 취득하였으므로, 관할 과세관청이 외국법인 갑이 내국법인인 정, 무 회사의 과점주주로 보고 갑 회사에 하여 구 지방세법 제105조 제6항에 따라 취득세 등 부과처분을 할 수 있는지가 쟁점이 된 사안이었다. 전원합의체결의 다수의견은 자회사의 취득(법인격)을 부인하고 모회사인 원고가 실제 취득한 것으로 간주한 판결로서 소수의견에서 주장하는 바와 같이 법인격부인의 법리를 채무면탈 등의 위법한 목적으로 법인격을 형해화 하거나 남용하는 예외인 경우에 한하여 인정해온 것과는 다소 차이가 있다. 대상판결에 관한 (대법원의) 다수의견은 위 사안을 조세회피의 한 유형으로 보고 이를 국세기본법 제14조 제1항, 제3항 등의 실질귀속자 과세원칙의 문제로 다루면서, 사실 확정의 과정에서 법인격 부인론을 사실상 활용하여 귀속의 실체를 파악하였다.”¹³²⁾ 동 판결은 실질과세원칙을 구체적인 논거로 하고 있지만 실질과세원칙의 적용과정에서 자회사인 을, 병의 법인격을 사실상 무시하고 갑에게 직접 책임을 인정하였다는 점에서 실질적으로 법인격 부인론을 적용한 것으로 볼 수 있다.¹³³⁾

130) 구 법인세법 제105조(납세의무자 등) ⑥법인의 주식 또는 지분을 취득함으로써 과점주주가 된 때에는 그 과점주주는 당해 법인의 부동산, 차량, 기계장비·입목·항공기·선박·광업권·어업권·골프회원권·콘도미니엄회원권 또는 종합체육시설이용회원권을 취득한 것으로 본다. 다만, 법인 설립 시에 발행하는 주식 또는 지분을 취득함으로써 과점주주가 된 경우 또는 과점주주에 대한 취득세 납세의무성립일 현재 이 법 및 기타 법령에 의하여 취득세가 비과세·감면되는 부분에 대하여는 그러하지 아니하다

131) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체판결

132) 신만중, 세법상 법인격부인법리의 새로운 전개, 법학논집 제22권 제2호 2015년 8월, 352-354면

해당 판결에서는 세법상의 실질과세의 원칙을 기초로 법인격의 형해화나 남용과 같은 전통적인 법인격 부인론의 요건 충족에 대한 별다른 검토 없이 자회사의 법인격을 사실상 부인하였다는 점에서 특수성이 있다.

한편, 일본의 경우에도 법인격 부인론을 사실상 적용 한 것으로 볼 수 있는 판결들이 있는데 본 주제에서 다루고자 하는 내용과 관련하여 의미를 가질 수 있는 판결을 소개하면 다음과 같다.

“피고 X회사는 특수목욕업과 요리음식업을 영업목적으로 하는 8개의 점포를 가진 자본금 800만엔의 주식회사이지만, 대표이사 A가 전액 출자하고 있는 1인회사이고 A 이외의 주주 내지 이사 등은 단순히 명의뿐이다. 동 회사는 8개 점포 가운데 X명의로는 3개 점포이고 나머지 점포는 X회사 대표이사 A의 처 등의 명의이다. 이들 모든 점포의 영업은 A가 실질적으로 운영하였다. 이러한 사실관계에 의해 세무서장 Y는 이들 소득은 모두 명의여하를 불문하고 X에 귀속하는 것으로 보고, X가 법인세 확정신고 및 납부를 하지 않은 것은 법인세를 면탈(포탈)한 것으로 보고 과세처분을 하였다. 이에 X 및 A는 이들 소득은 모두 대표이사 A 및 그의 처 개인의 영업에 기한 것이므로 각 명의인에 귀속하는 것이 타당하다고 주장하며 소를 제기하였다. 동경지방법원은 동 사건에 과세당국도 신뢰이익을 보호받아 야 할 거래 상대방 또는 제3자에 해당하는 것으로 보고 법인격부인 법리를 적용하여 X회사에 과세하는 것도 위법은 아니라고 판시하였다.”¹³³⁾ 동 판결에서 동경지방법원의 논리는 X회사는 물론 모든 점포의 영업이 실질적으로는 개인인 A의 영업에 해당한다고 판단하면서도, A와 X법인을 사실상 동일한 실체로 파악하여 A와 X 법인이 각 점포에서 발생하는 모든 영업이익을 동시에 향유하고 있으므로 과세관청이 각 점포에서 발생한 모든 소득을 X 법인에 귀속시킨 것이 위법이 아니라는 것이었다. 동 판결은 엄밀히는 과세관청에서 법인격을 부

133) 동 판결의 소수의견(반대의견)도 이 점을 지적하고 있다.

134) 동경지방법원 1972년 8월 2일 판결. 구체적 내용은 정지선, 주정일, 일본 조세법상 법인격부인 법리의 적용에 관한 소고, 조세학술논문집 제31집 제3호, 2015년, 184-185면 참조

인을 주장한 것이 아니라 원고 측에서 X법인에 부과된 법인세는 실질적인 과세주체인 점포 명의자 각 개인에게 분산하여 부과되어야 한다고 주장한 사건이다. 그러나 과세관청이 실질적인 영업주체인 개인을 투시하여 X법인에 대하여 과세한 것에 대하여 법원이 적법하다고 판단하였기 때문에 사실상 조세법의 영역에서 법인격 부인을 인정한 사례로 평가할 수 있을 것이다.

라. 검토

사법상의 법인격부인론은 연원적으로 회사제도 하에서의 주주의 유한 책임 원칙이 발생시키는 폐해를 시정하기 위한 목적으로 등장한 것이다. 그러나 이론의 발전과정에서 단순히 회사의 주주에 대한 책임 추궁이라는 전통적 기능을 넘어, 법인의 배후에 있을 뿐 직접적인 계약관계에 있지 않기 때문에 형식적으로는 법적 책임을 부담하지 않으나, 공정과 형평의 관점에서 책임을 인정하는 것이 타당한 자에게 책임을 추궁할 수 있는 내용으로 확장, 발전되었다고 볼 수 있다. 오늘날의 법인격 부인론은 단순히 주주의 책임을 묻는데 그치지 않고, 법인이 동일성 있는 다른 법인을 이용하는 경우에 까지 확대 되고 있다는 것에서 이러한 경향을 확인할 수 있다. 특히 사법상 법인격 부인론의 법적 근거를 회사법상의 회사제도가 아닌 민법상의 신의성실의 원칙에서 찾는다면 법인격이 형해화 또는 남용된 회사의 주주만을 법인격 부인론의 적용대상으로 한정할 필요는 없을 것이다. 이런 점에서 법인격 부인론은 모든 개별적 상황에 일률적으로 적용되는 요건을 갖춘 이론으로 볼 것이 아니라 사적자치의 원칙을 제약하는 원리로서의 신의성실의 원칙에 따라 법인격의 인정으로 인해 발생하는 부당한 결과를 시정하기 위한 이론으로 보아야 한다. 그리고 그 성립 요건은 적용 대상이 되는 내용이 무엇인지에 따라 형평 실현의 관점에서 탄력적으로 조정되어야 한다. 다만, 법인격 부인론은 사적

자치를 지도원리로 하면서 계약상대방의 선택의 자유가 인정되고, 채권의 상대효를 계약관계 해석의 근간으로 하는 사법관계에서는 그 적용이 제한적일 수밖에 없다는 한계를 갖는다.

한편, 조세법의 영역에서의 법인격 부인론은 종래 회사법의 영역이 아닌 다른 법영역에 조세법이 적용되는 형태를 살펴볼 수 있다는 점에서 본 주제와 관련하여 특별한 의미를 갖는다. 위에서 살펴 본 바와 같이 우리 법원은 조세법의 영역에서 사실상 법인격 부인론을 적용하면서 그 근거를 조세법 영역의 특수한 원칙인 실질과세의 원칙에서 찾고 있다. 이는 회사법의 영역에서의 법인격 부인론이 법인격의 남용 또는 형해화에서 그 근거를 찾고 있는 것과 달리 노동법 영역에서는 노동법 영역의 특수한 원칙을 통해 법인격 부인론의 적용요건을 재해석할 수 있음을 시사한다. 또한, 함께 소개한 동경지방법판소 판결은 개인의 법인격을 투시하여 법인에 대한 과세가 적법하다고 봄으로써, 법인격 부인론은 반드시 ‘법인’의 법인격을 투시하는 것 뿐 아니라, ‘개인’의 법인격을 투시하는 방식으로 적용하는 것도 가능하다는 점을 시사하는 것이다.

3. 위장도급 법률관계 규제 범리로서의 법인격 부인론의 적용

가. SK-인사이트 코리아 사건¹³⁵⁾에서의 법인격 부인론과 그 한계

우리나라에서 위장도급의 법률관계를 규율하기 위해 법인격 부인론을 활용한 것으로 볼 수 있는 판결로 SK-인사이트 코리아 사건을 들 수 있다. 해당 사건에서는 “참가인은 ‘위장도급’의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 인사이트 코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 참가인이 원고들을 비롯한 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 참가인과 원고들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 것”이라고

135) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420판결

판시하여 위장도급의 규율에 법인격 부인론을 활용한 것처럼 보인다. 그러나 동 판결은 자회사의 경영상 독립성 및 인사·노무상의 독립성이 부정된 사례이기 때문에 위장도급의 규율 방법으로서 법인격부인론을 실제 적용한 것인지에 대해서는 의문이 있다. 하청의 ‘사업주로서의 실체’를 문제 삼아 묵시적 근로계약관계를 인정하는 논리는 기존 판례의 ‘묵시적 근로계약관계의 법리’와 다를 바 없기 때문이다. 또한, 해당 판결에서는 ‘법인격을 이용한 것에 불과하고’라고 판단하고 있을 뿐 노동법적 법률관계에서 법인격 남용이 어떤 요건 하에 인정 될 수 있을지에 대해서는 아무런 판단을 하고 있지 않으며, 오히려 ‘사업주로서의 실체성’을 문제 삼는 기존의 묵시적 근로계약관계의 법리를 그대로 답습하는 것으로 보인다. 따라서 노동법 관계에서의 법인격 부인론의 적용 가능성과 관련해 독자적 의미를 갖는 판결이라고 보기는 어렵다.¹³⁶⁾

나. 위장도급 규제법리로서의 법인격 부인론

136) 이와 달리 SK-인사이트코리아 사건에 대하여 법인격 부인의 법리를 적용한 판례로 이해하면서, 현대미포조선 사건의 대법원 판결은 SK-인사이트 코리아 사건과 달리 법인격을 부인하는 방법을 사용하고 있지 않다는 취지로 평가하고 있는 견해도 있다.(김홍영, 위장도급인 사내하도급에 대해 직접적인 고용관계를 인정하는 판례 법리, 성균관법학 제20권 제3호 2008. 105-106면) 동 견해는 2008년의 현대미포조선 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)을 평가하면서, (해당판결에서) “하도급사업자가 사업 전체적으로 보아 사업경영의 독립성이 없다는 사실이나 모자기업 또는 소사장 관계에서 자본구조의 지배가 있다는 사실 등을 요구하지 않는 것은 법인격 부인의 법리의 적용이 아니라 묵시적 근로계약관계의 법리의 적용이기 때문”이라고 평가하여 SK-인사이트 코리아 사건의 법인격 부인론을 묵시적 근로계약관계의 법리와 구분되는 독자적 법리로 이해하고 있는 것으로 보인다(같은 글 118면) 그러나 현대미포조선 판결 이전 판결례가 취한 묵시적 근로계약관계의 법리도 하청의 실체성의 결여를 묵시적 근로계약관계 성립을 위한 핵심 요소로 판단하고 있다는 점(근로자를 공급한 업체의 사업주로서의 독자성 등 실체성 유무를 중심으로 묵시적 근로계약관계를 판단한 대표적 사례로 외국계 항공사로부터 항공기 조종사를 파견 받아 사용한 아시아나 항공사와 파견 조종사 간의 묵시적 근로계약관계의 성부가 문제 되었던 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결)에서 SK-인사이트 코리아 사건이 기존 묵시적 근로계약관계의 법리를 벗어나 독자적인 법적 의미를 가지는 판결인지에 대해서는 의문이 있다.

위장도급 법률관계의 핵심은 ‘하청을 실질적으로 지배하고 있는 원청’이 ‘사용자로서의 책임을 회피하기 위한 목적으로’ ‘별개의 법인격을 지닌 하청업체를 이용하여’ 근로자와의 직접적인 근로계약관계를 피하는 것에 있다. 한편, 법인격부인론은 ‘회사의 배후에 있는 자’가 ‘법적 책임을 회피하기 위해’ ‘회사를 이용하는 경우’ 회사의 독립적인 법인격을 제한함으로써 회사형태의 남용에서 생기는 폐단을 시정하고자 하는 이론이다. 양자를 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단’의 세 가지 측면에서 비교하여 보면 아래 표와 같다.

[표2. 법인격부인론과 위장도급 법률관계의 비교]

구분	법인격 부인론	위장도급
주체	‘회사의 배후에 있는 자’	하청을 실질적으로 지배하는 원청
목적	‘계약 및 법률상의 책임 회피’	노동법상 사용자로서의 책임 회피
수단	‘회사(법인)를 이용’	별개 법인격을 가진 ‘하청업체’를 이용

위 표의 비교내용을 보면 위장도급의 ‘주체’, ‘목적’, ‘수단’은 법인격 부인론의 주체 목적, 수단을 구체화 한 것으로 볼 수 있다. 다만, ‘수단’의 경우 법인격 부인론은 ‘회사제도’ 내지 ‘법인제도’를 남용 하는 것에 한정되는 것인 반면, 위장도급의 하청업체는 반드시 ‘법인’에 한정되는 것이 아니라 자연인 일수도 있다는 점에서 차이가 있다. 만일 노동법의 영역에서 법인격 남용론에 대해서도 ‘법인제도’, 특히 ‘회사제도’를 남용한 경우에 적용되는 것으로 한정하여 해석한다면, 위장도급의 법률관계에서 하청업체가 ‘법인’이 아닌 경우에는 법인격 남용론을 적용할 수 없게 된다. 그 결과 법인격 남용론이 위장도급의 법률관계를 일반적으로 규율하는 법리로서 기능하기는 어려워진다. 그러나 다음과 같은 이유로 위장도급에 대한 법적규율을 위해 법인격 부인론을 적용하는 경우는 ‘법인제도’를 남용한 경우 뿐 아니라 ‘자연인과 법인을 포함한 권리능력 제도를 남용한’ 경우에도 법인격 부인의 법리가 적용된다고 보아야 한다.

첫째, 앞서 언급 한바와 같이 회사제도의 유한책임 원칙이 명백히 불공평한 결과를 발생시키는 것을 방지하기 위한 목적으로 출발한 전통적인 법인격 부인론은 오늘날에는 단순히 회사의 유한 책임제도를 극복하기 위한 이론을 넘어, ‘신의칙에 따라 계약의 형식상 법적 책임을 부담하고 있는 계약 주체의 법인격을 무시하고 그 배후자에게 책임을 물을 수 있는 이론’으로 확장되었다고 보아야 한다. 따라서 전통적인 법인격 부인론에 관한 관점에 따라 ‘회사제도’의 남용이 있는 경우로 그 적용을 한정하는 것이 변경 될 수 없는 법원리라고 볼 수 없다.

둘째, 사적자치 및 계약자유 원칙이 법률관계 해석의 근간을 이루는 지도원리가 되는 사법(私法)관계에서와 달리 노동법 관계는 계약 당사자 간의 힘의 불균형을 인정하고, 계약 당사자 간의 법률관계에 강제적으로 개입하여 형평을 실현하려는 것을 기본 이념으로 한다. 따라서 ‘법인격 부인론’을 해석하는 데 있어서도, 사법상의 권리능력제도나 계약자유 원칙으로 인해 ‘법인격 부인론’의 적용 여부를 최대한 보수적으로 해석해야 하는 회사법의 영역과는 달리 볼 필요가 있다. 이런 점에서 ‘법적 책임을 회피하기 위해 이용되는 대상’을 반드시 ‘법인’에 한정 하여 해석할 필요는 없다고 생각한다. 요컨대, 사적자치를 지도원리로 하는 사법영역과 달리, 사적자치의 모순을 시정하는 것을 목적으로 하는 노동법의 영역에서는 같은 목적을 가진 법인격 부인론의 확대 적용도 가능하다고 보는 것이 논리적이다. 같은 이유로 적용요건 또한 보다 완화 될 필요가 있다.¹³⁷⁾

137) 우리 판례도 법인격 남용론의 법적 근거가 되는 신의 성실의 원칙을 사법(私法)의 영역보다 노동법의 영역에서 더 완화된 기준으로 적용하고 있는데, 그 대표적인 예로 근로계약의 합의해지 청약에 대해 근로자의 철회권을 인정하고 있는 것을 들 수 있다. 판례는 “근로자가 사직원을 제출하여 근로계약관계의 해지를 청약하는 경우 그에 대한 사용자의 승낙의사가 형성되어 그 승낙의 의사표시가 근로자에게 도달하기 이전에는 그 의사표시를 철회할 수 있고, 다만 근로자의 사직 의사표시 철회가 사용자에게 예측할 수 없는 손해를 주는 등 신의칙에 반한다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 그 철회가 허용되지 않는다.”고 하여 민법 제527조의 청약의 구속력 규정에도 불구하고, 근로자의 근로계약 해지 의사의 철회를 인정하고 있다. 동 판례에서 특히 주목해야 할 부분은 청약

다. 위장도급의 법률관계에서 법인격 부인을 인정하기 위한 요건

1) 노동법의 해석 원리로서의 ‘사실우선의 원칙’에 따른 법인격 부인

앞서 소개한 바와 같이 조세법의 영역에서 법인격부인이 적용된 것으로 평가할 수 있는 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체판결은 조세법상의 특수한 원칙인 실질과세 원칙에 근거하여 전통적인 법인격 부인의 인정 요건에 대한 검토 없이 사실상 법인격을 부인하였다. 이러한 판단 방식은 노동법 상의 법인격 부인론의 해석에 있어서도 시사점을 줄 수 있다고 생각한다. 노동법의 영역에서도 세법상의 실질과세 원칙과 유사한 ‘사실 우선의 원칙’¹³⁸⁾이 인정되기 때문이다.

따라서, 원청의 실질적인 사용자로서의 지위가 인정 되면 종래 전통적인 법인격 부인론에서 요구하는 요건을 구비하지 않더라도 법인격이 부인된다고 보아야 할 것이다. 조세법에서 실질과세 원칙을 근거로 법인격을 부인할 수 있는 것과 마찬가지로, 노동법의 해석에 있어서도 ‘사실우선의 원칙’에 따라 하청의 법인격을 부인하고 원청에 대한 책임을 인정하는 것이 정당화 될 수 있기 때문이다. 그러나 원청이 실질적인 사용자에게 해당하는 경우에는 후술하는 ‘불법과건 형 위장도급’에 해당하여 과건법이 적용될 수 있으므로 실정법적 근거가 없이 신의칙에 그 근거를 두고 있는 법인격 부인론을 적용하기에는 해석상 무리가 있고 이와 같은 해석론이 큰 실익이 있다고 보기는 어렵다. 결국 위장도급의 법률관계의 해석에 있어서 법인격 부인론이 실질적인 의미를 갖는 것은 원청의 사용

의 철회권을 원칙으로 보고, 다만 그 철회가 신의칙에 의해 제한 될 수 있는 경우가 있다고 판단하는 점이다. 만일 일반 사법(私法)관계였다면 민법 제527조에 따라 청약의 철회 금지가 원칙이고 신의칙에 의해 예외적으로 철회가 가능한 경우를 상정할 수 있을 뿐이라는 점에서, 동 판례는 노동법의 영역에서의 신의칙 적용 요건의 완화 가능성을 보여준다고 생각 한다. 청약 철회권과 신의칙에 관한 보다 상세한 연구로는 조용만, 노동법에서의 신의칙과 권리남용금지의 원칙, 노동법연구 제29호, 서울대노동법연구회, 2010, 18-23면 참조

138) 사실우선의 원칙에 대해서는 본 논문 29-31면

자로서의 지위가 명확히 인정되지 않는 경우다. 이런 경우에 어떠한 요건 하에 법인격 부인을 인정하여 하청 근로자가 원청에 대하여 사용자로서의 책임을 추급할 수 있을 것인지를 검토해 보아야 한다.

2) 원청의 실질적 사용자로서의 지위가 명확하지 않은 경우의 법인격 부인

원청의 실질적 사용자로서의 지위가 명확히 인정되어 ‘사실우선의 원칙’에 따라 하청의 법인격이 부인 될 수 있는 경우 외에, 원청의 실질적 사용자로서의 지위가 명확하지 않은 경우에는 어떤 요건 하에 하청의 법인격을 부인할 수 있을 것인지에 대해서는 미국 판례법리에 의해 발전된 도구이론, 분신이론, 동일체 이론을 참고해볼 수 있다. 그런데 분신이론과 동일체 이론은 주로 주주와 회사 간의 소유와 이해관계의 일치에 초점을 맞춰 회사의 운영과 관련하여 발생하는 위험을 주주에게까지 연결시키려는 이론이다. 이 이론을 위장도급의 법률관계에 적용할 경우 주로 원청과 하청 간의 자본 연결 상태나 하청의 법인격 형화해를 중심으로 법인격의 남용여부를 판단하게 될 가능성이 높다. 그러나 위장도급의 법률관계에서는 원청과 하청 사이의 소유관계(자본)의 연결 또는 하청의 법인격의 형해화 보다는 원청이 노동법적 책임을 회피하기 위해 하청을 ‘도구’로 이용하는 것인지가 더 문제된다. 따라서 도구이론이 위장도급의 법률관계를 규율하기 위해 법인격 남용론을 활용하는데 있어서 사용될 수 있는 적합한 이론이라고 생각한다. 도구이론에 따르면 원청과 하청, 하청근로자의 3면적 관계에서 원청이 하청을 도구로 이용하여 하청 근로자에게 손해를 가하고 형평에 반하는 결과를 야기 하였느냐를 중심으로 법인격 부인 여부를 판단해볼 수 있다. 다만, 도구이론을 취한다고 하여 분신이론이나 동일체 이론을 배제해야 한다는 의미는 아니다. 각각의 이론은 법인격을 부인하기 위해 활용할 수 있는 개념적인 수단들을 유형화

한 것일 뿐 한 이론의 적용이 다른 이론의 적용을 배제하는 관계에 있는 것은 아니기 때문이다. 위장도급의 법률관계에 대한 법인격 부인론의 적용에 있어서 도구이론이 적합하다는 것의 의미 역시 분신이론이나 동일체 이론을 판단의 기준에서 배제해야 한다는 뜻은 아니다. 단지, 동 기준에서 중점적 판단 요소로 삼는 법인의 독립성이나 실체성이라는 요건이 충족되지 않더라도 법인격 부인의 효과를 단정적으로 배제해서는 안 된다는 의미에 불과하다.

한편, 구체적인 인정 기준 또한 회사법에서의 법인격 부인을 위해 필요한 정도에 비해서는 완화 될 필요가 있다는 점은 앞서 언급한 바와 같다.¹³⁹⁾

이상과 같은 점을 고려해 그 구체적 요건을 정립해보면 아래와 같다.

(가) 원청이 하청을 실질적으로 지배하고 있을 것 (지배력 요건)

하청이 경영상, 인사·노무상 독립성을 가지지 못하는 등 그 사업주로서의 독자적 실체가 완전히 부정되어 법인격이 형해화되어 있거나, 실질적으로 원청과 하청이 동일한 경우에는 원청이 하청을 지배하고 있다는 사실이 상대적으로 쉽게 인정 될 수 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 하청이 정상적인 조직을 갖추고, 채용·급여·교육·승진·징계 등 인사·노무 관리나 사업 운영과정에서 일상적으로 이루어지는 의사결정 등을 직접 행사한다고 하더라도 지배력이 언제나 부정되는 것은 아니다. 위장도급의 법률관계에 법인격 부인론을 적용하는 취지는 하청을 도구로 이용하여 노동법적 책임을 회피하는 것을 규제하려는 것이므로 하청의 실체성과 독립성이 어느 정도 인정되더라도 원청이 하청을 도구로서 사용할 수 있을 정도로 지배하는 경우라면 법인격 부인이론의 적용이 가능하다고 보아야 하기 때문이다. 원청이 하청의 사업 존속 여부 및 사업의

139) 본 논문 71면 각주 139)번 참조

구체적 내용을 결정지을 수 있을 정도로 하청을 지배하고 있는 경우라면 원청이 하청 근로자의 노동력 사용의 방식을 사실상 결정할 수 있는 지위에 있게 되기 때문에 ‘법인격 남용’을 인정하기 위한 기본적 전제조건은 충족될 수 있다고 보아야 한다. 이러한 지배력이 인정되는지 여부를 판단하기 위한 구체적 요소로는 원청과 하청 간의 거래상 지위 차이가 현저한지, 하청이 전부 또는 대부분의 매출을 원청에 의존하고 있는지, 하청의 사업이 원청 사업에 종속되어 있는지, 사업을 존속하는데 필요한 생산수단 및 사업장을 원청이 제공한 것인지, 하청이 자기의 책임 하에 독자적으로 이익을 창출하고 그 과정에서의 손실을 부담하는지 등을 종합적으로 고려해야 한다.

(나) 원청이 하청을 노동법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 이용한 것일 것 (남용 요건)

원청이 하청을 노동법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 이용했다고 보려면 하청의 주된 존재 이유가 하청에 소속된 근로자들의 노동력을 제공받기 위한 것이라는 점이 인정되어야 할 것이다. 원청이 하청의 전문성이나 독자적 기술을 활용하는 등 사용자로서의 책임을 회피 하려는 목적 외의 다른 경영상 필요¹⁴⁰⁾에 의해 하청과 도급계약을 체결한 경우에는 노동법적 의무를 회피하기 위해 법인격이 남용되었다고 함부로 인정해서는 안 된다. 다만, 업무 도급의 목적은 근로자 측에서 입증하기 곤란한 사항이므로 ①의 지배력 요건이 인정되면 원청이 하청을 노동법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 이용한 것으로 일단 추정하고, 원청이 도급의 목적이 정당한 것이라는 점에 대해서 입증하도록 하는 것이 타당하다.

140) 단, 인건비 절감을 통한 재무상태 개선은 노동법적 의무를 회피하기 위한 목적이므로 여기에 포함될 수 없다. 반면, 도급업무 수행을 위해 원청의 생산설비에 대한 추가적 투자가 필요한 경우, 투자비용의 절감과 사업 확장에 따른 재무리스크를 줄이기 위해 해당 생산설비를 보유하고 있거나, 사업 수행을 위해 투자할 의사가 있는 업체에 업무를 도급하는 것은 정당한 경영상 필요로 인정 될 수 있을 것이다.

한편, 동 요건과 관련하여 원청이 하청을 사용하려는 목적이 노동법적 책임이 회피인 동시에 다른 경영상 필요의 충족인 경우 즉, 회피목적이 경합되어 있는 경우에 어떠한 기준으로 남용요건을 인정할 수 있을 것인지에 대한 검토가 필요하다. 만일 회피목적이 경합한다는 이유만으로 법인격 부인을 부정하게 되면, 원청이 도급계약이 필요한 사소한 핑계거리를 만들어내는 것만으로도 법인격부인론을 사실상 적용할 수 없게 되어 부당한 결론이 된다. 따라서 회피목적이 경합되어 있는 경우에는 ‘주된 목적’이 무엇인지를 기준으로 법인격을 부인할 것인지 여부를 판단하는 것이 타당하다고 생각한다. 이에 대해서는 ‘주된 목적’의 판단 기준이 불명확하여 법적 안정성을 해한다는 지적이 있을 수 있으나, 법인격 부인론 자체가 형평의 관점에서 구체적 타당성을 추구하는 것이라는 점에서 적용요건의 탄력적 해석 가능성을 열어두는 것은 불가피하다.

(다) 하청 근로자에게 손해를 야기하는 등 불공정한 결과가 발생할 것

이 부분은 상기 2개의 요건이 충족 되면 당연히 인정된다고 보아야 한다. 원청이 자신이 지배하고 있는 하청을 이용해 사용자로서의 책임을 회피하게 되면 그 자체만으로도 하청 근로자는 원청과 근로계약관계를 직접 형성하여 원청에 대해 사용자로서의 책임을 물을 수 있는 법적 권리를 박탈당하는 손해를 입은 것으로 볼 수 있고, 불공정한 결과가 발생한 것이기 때문이다.

이에 대해서는 하청이 근로자에 대한 사용자로서의 의무를 다한다면 근로자에게 손해가 발생한 것으로 단정하기 어렵다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 위장도급의 법률관계에서는 원청 근로자와 하청 근로자 사이의 근로조건이 현격하게 차이가 나는 경우가 다수라는 점에서 하청이 근로계약상 사용자로서의 의무를 다한다고 하더라도 근로자에게는 여전히 손해가 존재한다고 보아야 한다.

(라) 보충성

법인격 부인론은 신의성실의 원칙에 근거하고 있는 것이므로 다른 수단에 의하여 해결할 수 없고, 법인격을 부인하지 않으면 공평의 관점에서 부당한 결론이 되는 경우에만 한정적으로 적용하여야 한다. 법인격의 부인은 하청업체의 입장에서는 사실상 ‘독자적 영업활동’의 법적 사망선고를 의미하기 때문에 근로자보호라는 이유만으로 그 남용이 정당화 될 수는 없다. 따라서 구체적 적용에 있어서는 하청 사업주의 이익의 훼손이 발생하는지 여부 또한 고려의 대상으로 삼아야 할 것이고, 하청의 법인격을 부인하는 것이 전체적인 측면에서 공평의 결론을 도출할 수 있는 최선의 수단인 경우에만 그 적용을 인정해야 할 것이다.

라. 위장도급관계에서의 법인격 부인의 효과

위장도급 관계에서 법인격이 부인되는 경우 어떤 효과를 인정해야 할 것인지에 대해서는 논란의 여지가 있을 수 있다. 법인격 부인론이 하청의 사용자로서의 실체가 부정되는 경우에만 적용되는 이론이라면 원청과 하청 근로자 사이에 직접 고용관계가 성립한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 위장도급에서의 법인격 남용론은 원청이 사용자로서의 책임을 회피하기 위한 의도로 자신이 지배하고 있는 하청을 이용한 경우 성립하고 하청의 실체가 없어야만 법인격 남용이 인정되는 것은 아니다. 다시 말해, 하청의 실체가 없으면 ‘지배력 요건’과 ‘남용요건’이 인정되기 쉬우므로 법인격 부인이 될 가능성이 높지만, 하청의 실체가 있더라도 ‘지배력 요건’과 ‘남용 요건’이 충족 될 수 있는 사실이 존재하면 법인격 부인이 인정 될 수 있다. 따라서 하청과 하청 근로자 사이에 유효하게 성립된 근로계약관계를 일률적으로 부정하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 결국 하청과 하청 근로자사이의 근로계약관계의 존재를 일률적으로 무시하고,

원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 의제할 수는 없다.

따라서 그 법적 효과는 개별 사안에 따라 다르게 접근할 필요성이 있다. 하청의 사업주로서의 실체가 부정되는 경우라면 하청 근로자는 원청에 대하여 직접적인 고용의무의 이행을 구할 수 있다고 보아야 한다. 이때는 원청의 하청근로자의 직접고용으로 인해 훼손되는 하청의 이익이 없을 뿐 아니라, 하청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계는 형식적인 것에 불과하기 때문이다. 이와 달리 하청의 실체성이 인정되는 경우라면 개별 사안에서의 사용자로서의 책임을 하청과 원청에 대하여 중첩적으로 청구할 수 있다고 해석 하되¹⁴¹⁾, 근로자가 하청으로부터 해고 되거나, 하청이 폐업을 하는 경우에 한해 원청에 대하여 직접고용을 요구할 수 있는 권리를 인정하면 될 것이다. 이와 같은 해석을 통해 법인격 남용의 인정으로 인해 하청이 독립적 사업체로서 가지는 이익을 부당하게 침해 받는 일을 방지 할 수 있다.

마. 파견관계 성립형(파견법이 적용되어 고용의무가 발생하는 유형)과의 관계

법인격 부인형은 원청과 하청과의 관계에서 나타나는 사실들을 중점적으로 관찰하여 하청의 법인격이 남용되어 있는지 여부를 판단하는 것이다. 반면 파견형은 후술하는 바와 같이 원청과 하청 근로자의 관계에서 나타나는 사실들을 중점적으로 관찰하고 원청과 하청 근로자 사이에 사용종속관계가 존재하는지를 판단하는 것이다. 이러한 차이로 인해 양자

141) 법인격 부인론은 법인격을 완전히 소멸시켜 배후자의 책임을 인정하는 이론이 아니라 형평의 관점에서 배후자에게까지 책임을 ‘확대’ 하려는 이론이기 때문에 법인격 부인이 인정된다고 하여 배후자에 대한 책임추궁만 가능하고 남용된 법인격의 주체에 대한 책임 추궁이 불가능해지는 것은 아니다. (“회사의 배후에 있는 자가 회사의 법인격을 남용한 경우, 회사는 물론 그 배후자에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다”는 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결 참조)

는 판단의 대상에서 차이가 발생한다. 법인격 부인형 위장도급에서는 하청의 독립성과 도급업무의 성질이 중점적 판단 대상이 되나, 파견형 위장도급에서는 원청과 하청 근로자 사이에서 사용종속성의 유무가 중점적 판단 대상이 된다. 근로자의 입장에서는 하청의 독립성 유무 및 도급업무의 성질이 주로 문제가 되는 사안에서는 법인격의 남용을, 원청과의 관계에서의 사용종속성이 주로 문제가 되는 사안에서는 파견관계의 인정을 선택적으로 주장할 수 있을 것이다.

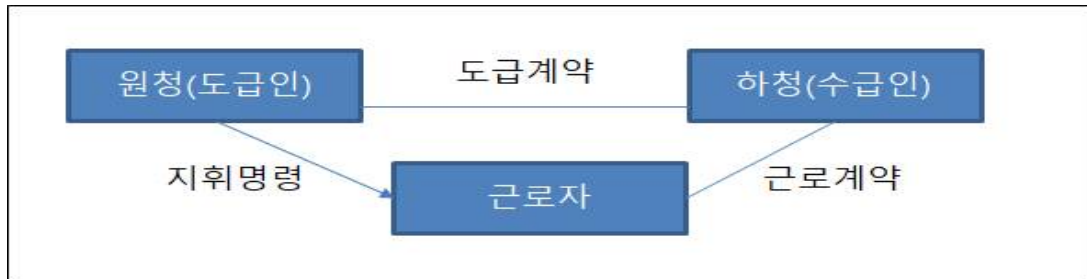
II. 파견관계 성립 형 : 파견법에 따른 고용의무 발생

1. 의의 및 문제점

불법파견에도 파견법이 적용 될 수 있는 전제에 선다면, 원청은 하청과 도급계약만을 체결하고, 하청이 근로자들을 직접 고용하는 계약의 형식을 취하지만 실질적으로는 원청이 하청 근로자들에 대한 업무상 지휘, 명령을 행하는 형태의 위장도급 구조는 파견법에 의해 규율할 수 있게 된다. 이러한 구조를 간단히 그림으로 표현하면 아래와 같다.¹⁴²⁾

142) 아래 그림에서 하청과 근로자 사이에 근로계약 이외의 지배관계가 있는 경우에는 직업안정법 상의 근로자공급사업으로 보아야 할 것이고, 만일 하청이 근로자를 원청에 소개해주고, 원청이 근로자와 직접 근로계약을 체결하는 방식이라면 직업안정법 상의 직업소개사업을 한 것으로 보아야 할 것이다. 후자의 경우는 근로자를 사용하는 자와 근로계약의 주체가 동일하므로 간접고용의 문제가 발생하지 않으나, 전자의 경우는 불법파견과 마찬가지로 간접고용에 해당하며 근로자를 공급 받는 자(원청)와 근로자 사이의 근로계약관계의 성부가 문제될 수 있다. 하청과 근로자 사이의 근로계약관계가 존재하지 않는 경우는 파견법의 적용 대상이 아니므로 파견법 규정의 적용을 통해 해결할 수는 없을 것이다. 직업안정법상 위법한 근로자 공급사업의 사법적 효과에 대하여 명시적으로 규정하고 있는 바는 없지만 노동법 상 '종속효과' 판단 원칙에 따라 하청 근로자가 원하는 경우에는 원청과 하청 근로자사이의 근로계약관계의 성립을 인정하는 것이 타당하다고 본다. 다만, 실무상 이런 형태의 간접고용형태는 거의 발견되지 않으므로 실제 문제가 될 가능성은 낮을 것이다.

[그림 1. 불법파견이 문제 되는 위장도급의 유형]



위 구조에서 도급계약과 근로계약의 존재는 원청과 근로자 사이의 ‘지휘 명령관계’를 은폐하기 위한 수단에 불과하므로 파견법을 적용할 수 있는지 여부를 결정 하는 요소는 결국 원청과 근로자 사이에 ‘원청의 지휘·명령을 받아 원청을 위한 근로에 종사하는 관계’, 즉 지휘명령관계가 존재하는지 여부에 달려 있다.¹⁴³⁾ 파견법상 지휘명령의 구체적 의미에 대한 정의규정은 별도로 존재하지 않는데, 다음과 같은 이유로 사용자와 근로자의 근로계약관계를 인정하기 위한 표지인 ‘사용종속관계’를 의미하는 것으로 보아야 한다. 파견법의 제정 목적은 직업안정법에 의하여 원칙적으로 금지되는 근로자공급사업의 범주 중 근로자를 공급하는 자와 근로자 사이의 근로계약관계가 존재하는 경우를 분리하여 일정한 요건 하에 합법화 하려는 것이다.¹⁴⁴⁾ 한편, 직업안정법 제2조의2 제7호는 “근로자공급사업이란 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업을 말한다.”라고 정의하고 있으므로, 파견법상의 ‘지휘명령’은 직업안정법상의 ‘사용’과 같은 의미로 이해할 수 있다. 그런데 직업안정법이 근로자공

143) 파견법 제2조 제1호는 ““근로자파견”이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있다.

144) 1998년 파견법 제정안에 대한 국회 환경노동위원회의 심사보고서에 의하면, 파견법의 제정이유는 “근로자파견제를 법제화함으로써 파견근로자의 근로조건을 개선하고 기업의 인력관리에 신축성을 제고하려는 것”이었다. 국회 환경노동위원회, 「파견근로자보호등에관한법률안」 심사보고서, 1998. 2. 1-2면. 파견법 제정 이전의 근로자 파견은 직업안정법 상의 근로자공급 금지 규정에 의해 원칙적으로 금지되어 있었으므로 결국 파견법은 종래의 근로자공급 사업 중 일정한 경우를 합법화하려는 목적으로 제정되었다고 볼 수 있다.

급 사업을 원칙적으로 금지하는 근본 목적은 “영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하는¹⁴⁵⁾” 중간착취를 폐단을 방지하는데 있으므로¹⁴⁶⁾ 직업안정법상의 ‘사용’은 중간착취배제규정의 ‘취업관계’와 같은 의미로 이해된다. 그리고 노동법상의 취업관계는 ‘임금을 목적으로 근로를 제공하는 관계’로서¹⁴⁷⁾ 사용종속관계를 의미하는 것이다.¹⁴⁸⁾ 요컨대, 파견법의 지휘명령은 직업안정법 상 근로자공급에서의 ‘사용’과 같은 의미이고, 근로자공급에서의 ‘사용’은 중간착취배제규정에서 말하는 타인의 ‘취업’과 같은 의미이며, 노동법상 ‘취업’은 ‘사용종속관계’를 의미하므로 결국 파견법 상의 지휘명령은 사용종속관계를 의미한다고 해석 하는 것이 타당하다.

종래 사용자와 근로자의 이면적 관계가 문제 되는 영역에서의 ‘사용종속성’ 판단 문제는 많은 연구가 이루어진 바 있으며, 몇 번의 변천 과정을 거쳐 업무의 내용 및 근태에 관한 사용자의 결정권 및 업무수행과정에서의 상당한 지휘명령, 근로자의 독립사업자성의 유무를 중점으로 판단하는 기준¹⁴⁹⁾이 확립되었다.

145) 근로기준법 제9조(중간착취의 배제) 누구든지 법률에 따르지 아니하고는 영리로 다른 사람의 취업에 개입하거나 중간인으로서 이익을 취득하지 못한다.

146) 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779판결 등

147) 근로기준법 제2조 제1항 제1호 “근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.”

148) 노동법실무연구회, 근로기준법주해, 2010, 93-94면

149) “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무 장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세

그러나 실질적 파견관계를 인정하기 위한 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’를 판단하는데 있어서 위와 같은 법리는 참고는 될 수 있을지언정 그 기준이 되기는 어렵다. 위 법리는 사용자와 근로자의 2면적 관계만이 문제 되는 영역에서 주로 근로자(employee)와 독립계약자(independent contractor)를 구분하기 위한 목적으로 발전되어 온 것인 반면, 파견관계는 원청(사용사업주), 하청(파견사업주), 근로자의 3면 관계가 문제 되며 그 목적 또한 근로자인지 사업자인지 여부를 구분하려는 것이 아니라, 근로자와 실질적인 사용종속관계를 맺고 있는 주체가 원청인지 하청인지 여부를 구분하려는 데 있기 때문이다. 결국 실질적 파견 관계인지 여부를 판단하기 위한 ‘사용종속성’의 판단은 위 2면적 관계에 따른 ‘사용종속성’ 판단 법리에 의존할 수는 없으며 그 독자성을 반영한 특수한 법리를 전개해나갈 수밖에 없다. 본 장에서는 종래의 학설과 판례가 전개하여 온 불법파견 여부를 판단하는 기준에 대하여 살펴 본 후 이에 대한 비판적 검토를 통해 새로운 판단기준의 정립을 모색해보고자 한다.

2. 판단기준에 관한 종래의 판례 및 학설의 검토

가. 판례의 분석

1) 제조업에서의 판결례

불법파견의 판단기준을 실질적으로 제시한 최초의 판결인¹⁵⁰⁾ 대법원

를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.” (대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결)

150) 그 이전에도 관련 판결로서 대법원 2004. 4. 16. 선고 2004두1728판결, 대법원 2006. 6. 23. 선고 2995다67322판결 등이 있었으나 심리불속행으로 기각되어 대법원

2010. 7. 22. 선고 2008두4367(현대자동차 울산공장 사건)을 먼저 살펴 본 후, 불법파견의 판단기준과 관련하여 보다 구체화된 기준을 제시하였다고 평가 받고 있는 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 (현대자동차 아산공장 사건)을 살펴보고, 대법원이 제시하는 기준이 어떻게 형성, 변화되어 왔는지 검토해보고자 한다. 그 이후 위 현대자동차 아산공장 사건에서 대법원이 제시한 법리를 따르고 있는 일련의 하급심 판결례들을 통해 불법파견의 판단기준에 대한 최근 판결의 흐름을 확인하여 볼 것이다.

가) 대법원 판결

(1) 현대자동차 울산공장 사건 (대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결¹⁵¹⁾)

본 사건은 하청으로부터 해고당한 근로자가 현대자동차를 피신청인으로 하여 노동위원회에 구제신청을 하였다가 기각 당하자 그 취소를 구하는 행정소송을 제기한 사례로, “묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 볼 수는 없으나, 원고들은 이 사건 사내협력업체에 고용된 후 참가인의 사업장에 파견되어 참가인들로부터 직접 노무지휘를 받는 근로자 파견관계에 있다”고 판시하였다. 해당 판결에서 인정한 사실관계는 다음과 같다. “① 참가인의 자동차 조립·생산 작업은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 자동흐름방식으로 진행되었는데, 참가인과 도급계약을 체결한 이 사건 사내협력업체 소속 근로자들인 원고들은 컨베이어벨트를 이용한 의장 공정에 종사하는 자들이다. ② 원고들은 컨베이어벨트 좌우에 참가인의 정규직 근로자들과 혼재하여 배치되어 참가인 소유의 생산 관련 시설 및

에서 실질적인 심리가 이루어지지 않았다.

151) 동 판결은 파기환송판결로, 동 판결에 따른 서울고법 2011. 2. 10. 선고 2010누23752판결은 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두 7076판결에 의하여 확정되었는데 파기환송판결의 사실인정과 논리를 그대로 답습하고 있어 본 글에서는 별도로 소개하지 않는다.

부품, 소모품 등을 사용하여 참가인이 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 작업지시서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행한다. 이 사건 사내협력업체의 고유 기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없었다. ③ 참가인은 이 사건 사내협력업체의 근로자들에 대한 일반적인 작업 배치권과 변경 결정권을 가지고 있었고, 그 직근로자와 마찬가지로 원고들이 수행할 작업량과 작업 방법, 작업 순서 등을 결정한다. 참가인은 원고들을 직접 지휘하거나 또는 이 사건 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 원고들에게 구체적인 작업지시를 하는데, 이는 원고들의 잘못된 업무수행이 발견되어 그 수정을 요하는 경우에도 동일한 방식의 작업지시가 이루어졌다. 원고들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 사내협력업체의 현장관리인 등이 원고들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하다 하더라도, 이는 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나, 그러한 지휘명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하다. ④ 참가인은 원고들 및 그 직영근로자들에 대하여 시업과 종업 시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였다. 또 참가인은 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내협력 업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하였다. ⑤ 참가인은 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악 관리하였다.”

위 대법원 판결은 불법파견의 판단기준에 관한 일반법리를 명확히 제시하고 있지는 않지만, 어떤 사실관계를 불법파견을 인정하기 위한 중요한 요소로 파악하였는지를 관찰하는 것을 통해 대법원이 위 판결에서 전제하고 있었던 불법파견을 인정하기 위한 일정한 유형적 기준을 아래와 같이 추론해볼 수 있을 것이다.

(가) 원청 근로자의 업무와 하청 근로자의 업무가 구분 되는지

위 판결은 동일한 컨베이어 벨트에서 원청 근로자와 하청 근로자가 혼재되어 일하고 있다는 점을 불법과건을 인정하기 위한 사실관계로 보았다. 여기서의 혼재는 원청 근로자와 하청 근로자의 업무가 명확히 구분되어 있지 않은 점을 지적하는 것으로 보인다. 다시 말해, 도급에 의해 위탁된 업무의 수행 주체는 원청이 아닌 하청이 되어야 하므로 원청 근로자가 이에 관여하는 것을 도급의 진정성을 의심할만한 사유로 본 것이다. 동 판결이 근거로 들고 있는 또 다른 사실관계인 “참가인(원청)은 정규직 근로자에게 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내협력 업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하였다.”는 부분¹⁵²⁾도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

(나) 하청 근로자가 독립적으로 사업을 영위할 수 있는 설비 및 기술을 구비하고 있는지

위 판결은 하청 근로자들이 원청 소유의 생산시설 및 소모품 등을 이용하는 점, 업무 수행과 관련하여 하청의 고유기술이 자본 등이 투입된 바 없는 점 등을 불법과건관계를 인정하기 위한 사실관계로 보았다. 이는 하청업체가 독립적으로 사업을 영위할 만한 능력을 구비하고 있지 못함을 지적하는 것이다.

(다) 원청이 하청 근로자들의 업무 내용 전반을 지배하고 있는지(=업무 지시의 존재)

위 판결은 원청이 하청업체 근로자들에 대한 일반적 작업 배치권과 변경결정권을 가지고 있는 점¹⁵³⁾, 원청이 하청 근로자들의 작업량·작업방

152) 이는 동시에 도급업무의 범위를 넘어선 업무지시의 하나로 인정 될 수도 있을 것이다.

153) 작업배치권과 작업변경 결정권에 대하여 ‘일반적’이라는 표현을 사용하고 있는 것에 주목할 필요가 있다. 구체적 작업배치권과 변경결정권이 아닌 ‘일반적’ 작업

법·작업순서·작업속도를 결정하는 점¹⁵⁴⁾, 하청의 현장관리인을 통해 하청 근로자들의 업무 수행에 대한 구체적 작업지시 및 잘못된 업무 수행 결과물의 수정이 이루어지는 점 등을 불법파견을 인정하기 위한 사실관계로 채택 하였다. 위 각 내용은 원청이 하청 근로자들의 업무의 내용 전반을 지배하고 있다는 것을 의미하며, 이를 반대로 표현하면 해당 영역에 있어서 하청업체의 독자적 재량이 존재하지 않는 점을 지적하는 것이다. 특히 형식적으로 하청의 현장관리인을 통해 업무지시를 하더라도, 이를 단순히 전달하는 것에 불과한 이상 원청이 하청 근로자에 대한 직접적인 업무지시를 한 것으로 보아야 한다고 한 점도 주목할 필요가 있다.

(라) 근로시간, 휴게시간, 근로형태 등에 관한 실질적 결정권 및 관리권이 원청에게 있는지

위 판결은 “참가인(원청)이 원고들 및 그 직영근로자들에 대하여 사업과 종업시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야근근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도¹⁵⁵⁾ 등을 결정하였다”는 것을 불법파견을 인정하기 위한 사실관계로 들고 있다. 아울러, “참가인은 이 사건 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 이 사건 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황,

배치권과 작업결정권이므로 구체적으로 특정인을 특정 공정에 배치할 수 있는 권한을 가지고 있지 않더라도 공정 중 어떤 부분을 협력업체가 담당할 것인지와 해당 공정에 배치할 인원의 T/O를 결정할 권한만 원청에 있어도 ‘일반적’ 작업배치권과 변경결정권은 인정될 수 있다.

154) 작업량, 작업방법, 작업순서의 지정 등은 직접적인 지시의 형태로 이루어지는 것도 있지만, 하청을 원청이 설계한 주문, 생산 시스템에 편입 시키고, 원청이 만든 ‘작업지시서’등을 통해 이루어지기도 한다. 동 판결에서도 하청 근로자들이 원청이 제작한 “부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 작업지시서 등”에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행하는 점을 파견관계를 인정하는 근거로 들고 있는데, 판결에서 명시적으로 이야기하고 있지는 않지만 원청에 의해 이루어진 하청 근로자에 대한 ‘작업지시’의 일부로 볼 수 있을 것이다.

155) 판례는 근로시간 및 휴게에 관한 내용과 작업속도를 한꺼번에 실시하고 있으나 작업속도는 업무 내용에 대한 결정권에 포함 되고, 근로자가 사용자의 지배하에 놓이는 시간을 뜻하는 ‘근로시간’ 및 ‘휴게시간’의 결정권과는 별도로 보는 것이 타당할 것이다.

인원현황 등을 파악 관리하였다.”는 점도 불법파견 인정의 근거로 보았다. 근로시간 및 근로형태의 결정권, 근로자들의 근태관리권은 사용자와 근로자의 사용종속성을 나타내는 핵심적 표지에 해당하므로 원청이 해당 내용에 대한 실질적 결정권을 가지는 경우에는 불법파견이 인정 될 수 있다고 본 것이다.

(마) 기타(도급업무 자체의 성질)

위 4가지 외에도 “참가인이 미리 작성하여 교부한 것으로서 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 작업지시서 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행한다.”는 판시 내용 중 ‘단순, 반복적 업무’라는 표현에 주목하면 ‘도급’업무 자체의 성질 상 ‘단순, 반복’업무에 불과하고 특별한 기술이 필요치 않은 경우에는 파견으로 인정 될 가능성이 높다고 판시한 것으로 해석된다.

(2) 현대자동차 아산공장 사건 (대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결¹⁵⁶⁾)

본 사건은 현대자동차 아산공장의 사내협력업체 소속 근로자들이 현대자동차를 상대로 근로자지위의 확인을 구하는 소를 제기한 사건으로 “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당 하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업

156) 같은 날 동일한 법리를 바탕으로 불법파견을 인정 한 대법원 2015. 2. 23. 선고 2010다93707 판결(남해화학 사건)이 있다.

을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는 지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”고 실시하였다. 동 판결에서 인정한 사실관계는 다음과 같다. ① 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 일반적인 작업 배치권과 변경결정권을 가지고 사내협력업체 소속 근로자가 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서, 작업속도, 작업장소, 작업시간 등을 결정하였다. ② 피고는 사내협력업체 소속 근로자를 직접 지휘하거나 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 구체적인 작업 지시를 하는데, 사내협력업체의 현장관리인 등이 소속 근로자에게 구체적인 지휘·명령권을 행사하다 하더라도 이는 피고가 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 피고에 의하여 통제된 것에 불과하다. ③ 사내협력업체 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 같은 조에 배치되어 동일한 업무를 수행하였고, 피고는 소속 근로자의 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하기도 하였다. ④ 피고가 사내협력업체 소속 근로자에 대한 휴게시간 부여, 연장 및 야간근로, 교대제 운 등을 결정하고 사내협력업체를 통하여 사내협력업체 소속 근로자의 근태상황 등을 파악하는 등 사내협력업체 근로자를 실질적으로 관리하여 왔다. ⑤ 사내협력업체가 도급받은 업무 중 일부는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니한다. ⑥ 사내협력업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 사내협력업체의 업무가 구체적으로 결정되었다. ⑦ 사내협력업체 소속 근로자의 담당 업무는 피고가 미리 작성하여 교부한 각종 조립작업지시표 등에 의하여 동일한 작업을

단순 반복하는 것으로서 사내협력업체의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고 사내협력 업체의 고유 기술이나 자본이 투입된 바 없다.

위 판결은 불법과건의 판단기준을 보다 구체화 하였다는 평가를 받는데, “① 원청이 하청 근로자에 대해 상당한 지휘·명령을 하는지(원청의 상당한 지휘명령), ② 하청근로자가 원청 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지(원청사업으로의 실질적 편입), ③ 하청업체가 작업에 투입될 근로자의 선발, 교육, 근태관리 등을 독자적으로 행사하는지(하청의 근태관리의 독자성), ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지 (도급 업무의 한정성, 구별성, 전문성·기술성), ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 (협력업체의 인적·물적 독립성) 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”라고 판시하여 5가지 기준을 제시하고 있다.

위 각 요소 중 ①-②는 불법과건을 인정하기 위한 적극적 요소이고, ③-⑤는 인정되면 불법과건의 성립을 방해하는 소극적 요소다. 판례는 위와 같은 요소들을 종합하여 판단하여야 한다고 판시하고 있을 뿐 구체적으로 어떤 요소가 어떠한 비중을 갖는 것인지, 해당 기준들이 모두 충족되어야만 불법과건이 되는 것인지, 아니면 일부 기준이 충족되지 않더라도 종합적으로 판단하여 불법과건을 인정할 수 있는 것인지 등에 대해서는 구체적으로 설명하고 있지 않다.

위 대법원 판결에서 불법과건을 인정하기 위해 인정한 구체적 사실관계는 대부분의 내용이 위에서 소개한 현대자동차 울산공장 사건의 사실관계와 유사하며, 더 나아가 추가적으로 실시하거나 보다 명확하게 한 부분은 다음과 같다. 첫째, 동 판결은 원청 근로자가 하는 업무와 동일한 업무를 하청근로자가 하는 등 원청 근로자의 업무와 하청근로자의 업무

가 명확히 구별되지 않는 것이 파견 인정의 요소가 될 수 있음을 분명히 했다. 기존 울산 공장 판결에서는 원청 근로자와 하청근로자의 업무 구분과 관련하여, 같은 컨베이어 벨트에서 근무하는 등 업무의 장소적 혼재가 있는 경우이거나 하청 근로자가 원청 근로자가 수행할 업무의 대체인력으로 투입된 사실만을 불법파견 인정의 근거 설시하였다. 이로 인해 원청으로 하여금 하청근로자와 원청 근로자들의 업무 장소를 형식적으로 구분하거나, 대체인력 투입을 금지하면 파견 요소가 제거되는 것으로 오인하게 만들 소지가 있었다. 그러나 동 판결은 “사내협력업체가 도급받은 업무 중 일부는 피고 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니 한다”는 점을 파견을 인정하기 위한 사실관계로 명확히 지적함으로써, 형식적인 장소적 구분이 아닌 ‘업무의 내용 자체의 혼재’가 파견이 인정되는 요소로서의 핵심임을 분명히 했다는 점에서 의의가 있다. 둘째, “사내협력업체의 고유하고 특유한 업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 사내협력업체의 업무가 구체적으로 결정되었다”고 판시하여 도급 업무의 내용이 한정적으로 구체화되어 있지 않고, 원청의 지시를 받아야 비로소 확정되는 경우 파견이 인정 될 수 있다는 점을 분명히 했다. 하청 근로자가 해야 할 업무의 구체적 내용이 원청과 하청 간의 도급계약이 아닌 원청의 별도 지시에 의해 구체화 된다면 도급인이 일의 완성을 위탁하고 수급인이 ‘스스로’ 그 일의 완성하는 진정한 의미의 도급이라고 보기 어렵고, 업무의 구체화 과정 자체가 원고의 하청 근로자에 대한 업무지시라고 볼 수 있다는 점을 고려한 설시로 보인다. 또한, ‘도급업무’가 원청 근로자들의 업무와 구분되는지 외에도, 일정한 내용으로 특정될 수 있는지의 문제인 ‘도급 업무의 한정성’, 단순·반복 업무가 아닌 고유의 기술이나 경험이 필요한 업무인지를 따지는 ‘도급업무의 전문성’도 불법파견을 인정하기 위한 요소임을 명확히 하였다는 점에 의미가 있다.¹⁵⁷⁾

157) 기존 울산공장 판결에서도 하청 근로자들이 원청이 작성한 작업지시서에 따라 단순, 반복업무를 하고 있는 점을 파견 인정의 근거로 삼고 있기는 하나, 업무의

동 판결에서 실시한 판단요소를 위 울산공장 판결의 사실관계 분석을 통해 일반화시켜 본 판단요소와 비교하면 아래와 같다.

[표3. 울산공장 판결과 아산공장 판결의 판단 요소 비교]

아산공장 판결	울산공장 판결
① 원청의 하청 근로자에 대한 상당한 지휘·명령을 하는지 (상당한 지휘명령)	③ ¹⁵⁸⁾ 원청이 하청 근로자들의 업무 내용 전반을 지배하고 있는지
② 하청근로자가 원청 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지(원청사업으로의 실질적 편입)	
③ 하청업체가 작업에 투입될 근로자의 선발, 교육, 근태관리 등을 독자적으로 행사하는지(하청 근태관리의 독자성),	④ 근로시간, 휴게시간, 근로형태 등에 관한 실질적 결정권 및 관리권이 원청에게 있는지
④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지 (도급 업무의 한정성, 구별성, 전문성·기술성)	① 원청 근로자의 업무와 하청 근로자의 업무가 구분되는지
⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 (협력업체의 인적·물적 독립성)	② 하청이 독립적으로 사업을 영위할 수 있는 설비 및 기술을 구비하고 있는지

위 표에서 알 수 있는 바와 같이 2015년의 아산공장 사건은 2010년의 울산공장 판결에서 직접 실시하지는 않았으나 이미 전제하고 있던 판단의 요소들을 보다 체계화, 구체화하여 일반적 법리로 실시한 것으로 볼 수 있다. 다만 그 체계화, 구체화의 과정에서 ‘도급업무 자체의 성질’과 ‘협력업체의 독자성’등 원청과 하청 근로자 간에 존재하는 요소가 아닌 원청과 하청 간에 존재하는 요소들을 상대적으로 강조하고 있다는 점은 유의하여 보아야 할 부분으로 생각된다. 보다 구체적으로 지적하면, 판례

한정성과 전문성·기술성이라는 개념을 명확히 제시하고 있지는 않다.
158) 아산공장 판결 분석에서 사용한 순번에 따름

가 제시한 불법과건의 판단요소 중 ③요소의 경우 ‘원청’이 하청 근로자에 대한 근로시간 결정권 등을 실질적으로 보유하고 있는지 여부가 아닌 ‘하청’이 그러한 권리를 독자적으로 보유하고 있는지를 따지고 있고, ④요소의 경우 단순히 원청과 하청 근로자의 업무가 구분되는지를 보는 것이 넘어 ‘도급업무’ 자체의 성질을 한정성, 구별성, 전문성·기술성을 중심으로 판단해야 한다고 실시하고 있으며, ⑤ 요소를 통해 협력업체가 원청과는 구분되는 독립적 조직과 설비를 구비하고 있는지를 따지고 있는 바, ‘하청의 사업경영과 인사노무관리의 독립성’ 및 ‘조직적, 물적 기반’ 등 하청업체 자체의 독립성 유무와 도급 업무의 성질 자체를 불법과건 판단의 중요 기준으로 제시하고 있다.

나) 최근의 주요 하급심 판결

(1) 서울중앙지법 2016. 2. 5. 선고 2014가합573565, 2015가합507923(병합) 판결 (현대자동차 남양 연구소 사건)¹⁵⁹⁾

현대자동차 남양 연구소 판결은, 자동차 연구소의 도장 실험을 위한 도장작업을 사내협력업체에 위탁하였다가 불법과건이 인정된 사례로 다음과 같은 사실들을 근거로 불법과건 관계의 성립을 인정하였다. ① 협력업체가 수행하는 도장업무는 피고회사의 도장공법에 대한 연구를 시현하는 수단이 된다는 점에서 그 종속성이 두드러진다. ② 피고가 산출한 표준 T/O는 도장업무 수행에 필요한 세부 공정별 인원을 수치화한 것으로서 사실상의 규범력을 가진다. (이에 따라 공정별 근로자 배치 인원이 결정) ③ 사내협력업체 근로자들은 피고가 제작한 사양표 등이 정하는 바에 따라 구속적으로 업무를 수행한다. ④ 사내협력업체가 근로자들의 업무 수행에 있어서 피고와 질적으로 구분되는 별개의 지휘명령을 하거나 재량

159) 동 판결은 피고가 항소하였으나 서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2016나2016939, 2016나2016946(병합) 판결로 항소기각 되었고 현재 상고심 계속 중이다.

권을 행사하였다고 보기 어렵다. ⑤ 월, 주단위로 매일 작업계획을 사내 협력업체에 전달하는 외에 설계 변경에 연동된 작업방식 변경에 대처할 목적으로 일일 생산회의를 개최하거나 긴급생산계획을 마련하기도 하였으며 긴급한 내용을 문자메시지 등을 통해 직접 전달하기도 하였다. ⑥ 작업방법의 변경은 피고의 주도하에 이루어지고 사내협력업체는 이를 사실상 거부하지 못하므로 업무지시의 일환으로 못 볼 바 아니다. ⑦Sto면 &go 방식을 취하고 있기는 하나 작업량이나 속도를 통제하는 수단보다는 이동수단 으로서의 기능을 하고 있다. ⑧ 협력업체의 도장공정은 피고가 정한 생산계획에 따라 매일의 작업량이 정해져 있고, 전체적으로 피고가 계획한 차체 및 의장 공정에서의 생산일정에 연동될 수밖에 없다.(양산공장의 컨베이어를 통해 이루어지는 작업량의 관리 통제 수준에 비해 상대적으로 관리밀도가 낮다는 이유만으로 지휘명령관계 부정할 수 없음) ⑨ 수급업체의 기술력 전문성 보다는 근로자들의 노무제공자체를 중요 요소로 고려하였다. ⑩ 작업배치권 행사와 근태관리를 협력업체가 직접 하기는 하였지만 도장업무의 단순성, 피고의 공정관리 내지 업무지시의 효율성을 도모하기 위한 측면이 큰 점 등 고려하면 이것만으로 협력업체가 독자적인 지휘명령권을 행사했다고 보기 어렵다. ⑪ 주요 시설과 비품을 모두 피고가 제공하였다.

동 판결은 협력업체 근로자(실험을 위한 준비로서 기계적인 도장 업무를 수행)와 직영 근로자(전체적인 연구계획을 수립하고 연구업무를 수행)의 업무 내용이 비교적 명확히 구분 됨에도 불구하고 불법과건을 인정하였다는 점에서 특별한 의미가 있다. 위 판결은 불법과건을 인정하면서 ‘그 종속성이 두드러진다’는 표현을 사용하고 있는데 원청 근로자와 하청근로자의 업무가 혼재되어 있지 않고 구분되어 있더라도 하청 근로자의 업무가 원청이 수행하는 전체 사업의 일부로서 ‘**종속**’되어 있는 경우에는 불법과건을 인정할 수 있다는 취지로 해석된다.

또한 위 판결에서 언급하고 있는 Stop&Go시스템은 컨베이어벨트의 각 세부공정의 작업자가 작업을 완료한 이후 Go버튼을 눌러야만 컨베이어

벨트가 다시 진행되는 시스템으로서, 작업자가 작업속도를 어느 정도 조정할 수 있다는 특수성이 있다. 그러나 위 판결은 컨베이어벨트의 속도가 개별 작업자에 의해 물리적으로 조정 가능하더라도 전체적인 틀에서 원청에 의해 작업량이나 작업속도가 이미 정해져 있다면 컨베이어 벨트에 Stop&Go 시스템이 도입되어 있다는 것만으로 불법파견의 성립을 방해할 수 없다는 점을 분명히 하였다.

또 하나 살펴봐야 할 부분은 원청의 전체적인 작업계획에 하청업체 근로자들의 작업량이 종속되어 있는 것을 원청이 하청업체 근로자들의 작업량을 정해준 것으로 보아 업무지시로 인정했다는 점이다. 하청업체가 ‘작업의 수행계획’에 있어서 재량을 갖지 못한다는 점을 불법파견 인정을 위한 중요한 요소로 평가했다는 점에서 의의가 있다고 생각된다.

마지막으로 도급대가를 산정하기 위한 기준으로서 세부 공정별 표준 T/O를 적용한 것을 하청 근로자에 대한 배치권을 행사한 것으로 본 점도 상당한 의미가 있다. 현제도급단가를 산정함에 있어서 필요한 표준 인력의 수에 인건비를 곱해 계산하는 방식은 일반적으로 통용 되고 있을 뿐 아니라, 세부 공정별 T/O는 생산라인의 설계 및 배치에 따라 결정되는 부분이기 때문에 하청업체를 사용하면서 원청의 생산라인을 사용하게 하면 세부 공정별 표준 T/O는 언제나 원청에 의해 정해질 수밖에 없기 때문이다. 따라서 위 기준을 적용한다면 원청의 생산라인을 사용하는 대부분의 도급계약에서 원청의 업무배치권 행사가 인정될 수밖에 없다.

(2) 광주지법 순천지원 2016. 2. 18.선고 2011가합5128 판결¹⁶⁰⁾ (현대제철 사건)

동 판결은 현대제철 순천공장의 냉연강판 생산공정의 업무 일부를 도급 받은 하청의 근로자들이 근로자 지위의 확인을 구한 사건으로 법원은 다음과 같은 점들을 근거로 불법파견을 인정하였다. ① 협력업체는 단지

160) 현재 피고가 항소하여 광주고등법원 2016나546 사건으로 항소심 계속 중이다.

피고의 작업의뢰서를 전달하거나 피고가 지시 결정한 사항을 근로자에게 전달하였을 뿐 근로자들에 대한 독자적 지휘, 감독을 하지 않았다. ② 피고는 협력사 페널티 규정을 통해 협력업체 근로자들에게 벌점을 부과하는 등 영향력을 행사하였다. ③ MES구축을 통해 작업물량 작업위치 등 협력업체 등이 작업해야 할 구체적 범위를 정해주었고 실시간으로 근로자들에게 메시지를 보내는 등 업무지시를 하였다. ④ 피고가 제공하는 작업장소 기계설비와 자재를 이용하고, 작업표준서 지침을 참고해 작업을 수행하였다. ⑤ 협력업체 직원과 피고 직원은 사실상 협업, 공동으로 제품을 생산하였고 협력업체 직원이 피고회사 직원의 ID로 전산시스템에 접속하여 업무처리를 하기도 한 점, 피고의 전산시스템을 이용해 작성 전송되는 모든 메일에 대해 통제를 받는 등 업무수행과정에서 피고 직원과 별다른 차이가 없었다. ⑥ 가족 단합행사, 안전교육 등에 공동으로 참여하고, 복지시설도 함께 이용하는 등 작업수행 외적 측면에서도 임금을 제외하고 동일한 처우를 받았다. ⑦ 협력업체 변경 시 기존 근로자가 모두 승계되었다. ⑧ 협력업체와 피고 회사 비정규직 노조 사이에 체결된 단체협약 및 협의 과정에 당사자로 참여하여 협력업체들이 기존 업체의 근로자들의 고용을 승계할 수 있도록 이행을 담보하는 약정을 체결해왔다. ⑨ 피고 근로자들과 협력업체 근로자들의 비상근무자 명단을 함께 관리하고 작업일지에 근태상황을 함께 표기 하였다. ⑩ 협력업체의 소장은 근무인원에 변경이 생기면 피고에게 직접 보고 하였고, 피고는 협력업체 근로자들에게 상을 수여하기도 하였다. ⑪ 협력업체 근로자들의 업무시간 휴게시간 식사시간 연장 야간 근로시간 등을 독자적으로 결정하지 못하고 피고의 일정에 맞추어 운영하였다. ⑫ 업무에 특별한 전문성 기술성이 필요하지 않고 일부 기술이 필요한 경우 피고 보유 기술을 전수 받아 대행한 것에 불과하다. ⑬ 협력업체들의 계약목적 달성에 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 보유하고 있지 않다.

위 현대제철 판결 또한 남양 연구소 판결과 마찬가지로 업무의 단위가 형식적으로 구분되어 있다고 하더라도 불법과견이 인정 될 수 있음을 분

명히 했다는 점에서 의미를 갖는다.¹⁶¹⁾¹⁶²⁾ 또한 MES생산시스템의 정보(작업물량과 작업순서를 주 내용으로 하는데 여기서의 작업순서는 개별공정의 작업순서를 의미하는 것이 아니라 생산해야 할 물건의 순서를 의미함)를 모니터의 형태로 협력업체와 공유하는 것 자체가 작업지시가 될 수 있음을 분명히 했다는 점에서도 의미가 있다. 또한 원청이 상벌 등을 통해 협력업체 근로자들에게 영향력을 행사한 점, 하청 근로자들에게 원청의 내부망 접속 권한을 부여한 점, 하청과 하청 근로자 사이의 근로조건 결정 협상에 관여한 점, 협력업체 변경 시 대부분의 근로자가 승계된 점 등을 파견 인정 근거로 삼았다는 점도 의미 있게 보아야 할 부분이다.

(3) 수원지방법원 평택지원 2016. 12. 21. 선고 2014가합4417 판결(현대위아 사건)¹⁶³⁾

동 판결은 현대위아의 자동차엔진 생산공장에서 사내협력업체에 엔진조립업무를 하도급 하였다가 불법파견이 인정된 사례다. 그 주요 인정 근거는 다음과 같다. ①계약의 목적 : 도급계약에 의하면, 사내협력업체는 원칙적으로 엔진조립 업무를 수행하는 것으로 되어 있으나, 사내협력업체 소속 근로자들은 이 사건 도급계약에 기재된 엔진조립 업무 이외에 가공업무, 출하검사, 자재검수, 외주검사, 내구시험, 개선반, CKD 파견,

161) 이 이외에도 동 판결은 남양연구소 판결과 논거에 있어서 상당부분 유사한데, 판결이 이루어진 시점 상 현대제철 사건의 재판부가 남양연구소 판결의 결과에 영향을 받았을 것으로 추측된다.

162) 동 판결에서 피고 측에서 집중적으로 주장했던 부분은 적어도 일부 공정에 있어서는 피고가 수행하는 업무와 원고가 수행하는 업무가 구분 되고 장소적으로도 분리되어 있다는 점이었으나, 법원은 “협력업체 근로자들이 12가지 지원업무·공정 작업을 하여 서로 업무 범위가 구분”되어 있었다고 하더라도, “냉연강판 주요생산공정과 협력업체의 업무·공정은 냉연강판 원자재인 핫코일이 순천공장에 입고되어 여러 단계를 거쳐 완제품으로 출하되기까지 필요한 여러 공정 또는 작업이 맞물려 있어 피고 회사 직원들과 협력업체 근로자들은 사실상 협업을 통해 피고의 냉연강판 제품을 생산하였다”는 점 등을 이유로 피고의 주장을 배척하였다.

163) 현재 항소심 계속 중이다.

품질 파견, 설비청소, 공장 청소나 도색 작업 업무 등을 수행하였다. 또한 피고는 엔진생산 업체이고 사내협력업체의 업무는 엔진조립이었던 점에 비추어 피고와 사내협력업체 사이의 이 사건 도급계약은 피고의 필수적이고 상시적인 업무를 그 목적 또는 대상으로 한 것이다. 피고의 기준에 따라 물량·도급단가가 미리 정해지고, 그 기준에 의하여 산정된 도급대금을 수령할 뿐 도급업무를 수행하는 과정에서 스스로의 노력과 판단에 따라 독자적인 이윤을 창출할 여지가 사실상 봉쇄되어 있다. 이러한 점에서 사내협력업체와 통상적인 근로자공급업체와의 차이점을 찾기 어렵다. ② 업무수행의 형태 : 작업표준서, 중점관리표, 작업공정 모니터, 부품조건표의 구체적인 작업지시성이 인정되고, 그 작성자를 피고로 인정하는 이상 피고가 사내협력업체 근로자들에게 직·간접적인 지시를 하였다고 보는 것이 타당하다. 사내협력업체 관리자들은 소장, 반장이라는 직함만 가지고 있을 뿐 일반 근로자들과 같이 작업을 하면서 단지 피고가 실질적으로 지시·결정한 사항을 근로자들에게 전달한 것에 불과하고 독자적인 권한을 가지고 소속 근로자들 작업에 대하여 지휘·감독한 것으로 보이지 않는다. 피고는 엔진생산설비, 그에 대해 피고가 설정한 운영 U면H 및 피고가 관리하는 생산관리시스템(MES)을 매개로 하여 사내협력업체가 수행하는 엔진조립이라는 업무를 엔진생산이라는 피고 업무수행과정에 연동하여 종속시켰다고 봄이 타당하다. ③ 계약 당사자 적격성 : 수의 계약에 의해 협력업체가 정해지고, 협력업체가 바뀌는 경우에도 대부분의 근로자가 그대로 승계 되었다. 또한 각 공정별 인원에 대한 실질적인 작업배치권은 피고가 보유하고, 협력업체는 이미 결정된 인원 한도 내에서 어떤 공정에 투입할 것인지를 결정하는 형식적인 작업배치권만을 가졌다. 사내협력업체는 이 사건 엔진조립에 필요한 공장, 기계 설비 및 비품을 모두 피고로부터 무상으로 임차하여 소속 근로자들에게 제공하였다. 이런 점에 비추어 계약당사로서의 적격성을 갖추지 못했다.

위 판결 또한 앞선 현대자동차 남양연구소 판결이나 현대제철 판결에서와 같은 맥락에서 이해 될 수 있다. 피고의 업무와 원고들이 수행한

업무의 밀접성¹⁶⁴⁾, MES 생산시스템과 · 생산시설에 대한 UPH조정 등을 통해 피고의 엔진생산이라는 전체 업무 수행과정에 원고들을 종속 시킨 점¹⁶⁵⁾을 파견인정의 강력한 표지로 평가하고 있고, 작업표준서 등 원청에 의한 업무 수행 방법의 제시를 업무 지시로 보고 있다는 점이 해당 판결의 핵심이라고 생각된다.

다) 소결

위에서 살펴본 바와 같이 최근의 하급심 판결례는 제조업 분야에서의 불법파견의 인정 범위를 상당히 확대하고 있는데, 그러한 경향을 아래와 같이 정리할 수 있다.

① 하청 근로자들이 담당하는 업무가 원청의 전체 사업수행에 필수불가결한 일부로서 ‘종속성’이 인정 되면 그 업무가 공정의 직접적 일부에 해당하지 않는 부수적, 보조적 업무에 해당 하더라도 불법파견을 인정하는 강력한 요소로 본다.¹⁶⁶⁾

② 하청업체가 원청의 생산계획에 종속되어, 생산계획 수립에 재량이 없고, 도급업무의 수행방식이 원청이 제공한 구체적 작업표준서, 작업지시서, 작업사양서 등 업무 표준 서류에 의해 이루어지는 경우 불법파견을 쉽게 인정한다.

③ 협력업체의 독자적인 근로자 교육, 인사권 행사, 단체협약 체결 등

164) 동 판결에서는 이를 ‘피고의 필수적이고 상시적인 업무’를 도급한 것이라고 표현하고 있다.

165) 동 판결에서도 남양연구소 판결에서와 마찬가지로 피고들은 컨베이어 벨트의 진행이 STOP&GO 시스템에 따라 이루어지므로 원고들이 작업속도를 스스로 조정할 수 있다는 점이 주장하였다. 그러나 법원은 전체적인 측면에서 생산속도를 피고가 통제하고 있는 이상 STOP&GO시스템만으로는 원고의 업무 수행 상의 재량이 인정될 수 없다고 보아 이러한 주장을 배척 하였다.

166) 예로서, 앞서 살펴 본 하급심 판결에서 공장의 직접 생산공정 업무가 아닌 물류 업무(현대제철 사건), 연구소의 자동차 도장 실험에 있어서 이를 보조하기 위한 기계적인 도장행위(남양연구소 사건)에 대해서도 불법파견을 인정한 것을 들 수 있다.

독립성을 인정할만한 부수적인 요소들이 인정되더라도 위 ①-②의 기준이 만족되는 이상 불법과건 성립에 방해가 되지 않는다.

2) 서비스업에서의 판결례

서비스업에서의 근로자과건과 관련된 대표적인 대법원 판례는 소위 'KTX 여승무원 사건'이라고 불리는 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다 96922 판결(KTX 여승무원 사건)이다. 위 판결은 서비스업 영역에서의 불법과건 문제에 대하여 대법원이 선고한 최초의 판결이라는 점에서 특별한 의미가 있다.¹⁶⁷⁾ 동 판결은 앞서 분석한 현대자동차 울산공장 사건과 같은 날 선고 되었는데 같은 내용의 법리와 유사한 사실관계를 설시하면서도 그 결론은 '근로자 과건의 부정'으로 정반대였고, 판결 선고 이후에도 그 타당성에 대한 지속적 논란이 있어왔다. 서비스업 영역에서의 불법과건 관련된 하급심 판결로 보다 최근의 것은 서울중앙지법 2017. 1. 12. 선고 2013가합53613·65883(병합), 2014가합59366(병합) 판결(삼성전자 서비스센터 사건)이 있다. 비록 하급심 판결이기는 하나, 협력업체가 독자적인 경영권과 인사노무상의 관리권을 행사하고 있다는 점을 들어 근로자 과건관계를 부정한 판례로서 불법과건의 판단기준의 중점을 '협력업체 실체성'에 두었다는 점에서 자세히 검토하여 볼 필요가 있다. 또한 최근 1심이 선고된 SK하이닉스 사건은 위장도급의 법률관계가 중층적으로 형성된 경우에도¹⁶⁸⁾ 사용관계의 실질에 따라 실제 사용한 원도급인의 지위에 있는 자가 불법과건에 따른 고용의무를 부담한다는 점을 분명히 했다는 점에서 검토해볼 필요가 있는 사례다.

167) 이정, KTX여승무원에 대한 묵시적 근로계약관계와 과건계약관계의 성립여부, 노동법률, 중앙경제 2015. 4. 132면

168) 예컨대 A가 B에게 B가 C에게 업무를 순차적으로 도급하고 A가 C의 근로자를 실질적으로 사용하는 경우

가) KTX여승무원 사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922판결)

동 판결은 한국철도공사로부터 KTX의 승객접대업무를 도급 받은 ‘철도유통 등’ 소속 근로자들이 한국철도공사를 상대로 묵시적 근로계약관계의 성립 내지 불법파견을 주장한 사안이다. 대법원은 원심이 인정한 사실관계¹⁶⁹⁾를 그대로 원용하면서, “원심이 철도유통 등이 피고 측과 체결한 각 위탁협약에 따라 독립적으로 KTX 승객서비스업을 경영하고 KTX 여승무원에 대한 인사권도 독자적으로 행사하였다고 보아 원고들과 피고 측 사이의 묵시적 근로계약관계의 성립을 부정한 것은 정당하고, 나아가 KTX 여승무원의 업무와 열차팀장의 업무가 구분되어 있었으며 KTX 여승무원에 대한 피고 측의 구속력 있는 지휘·명령이 없었고 KTX 여승무원의 구체적인 업무수행 방식 등에 관한 결정 권한을 철도유통 등이 행사하였다는 취지에서 근로자파견관계에도 해당하지 않는다고 본 원심의 판단 역시 정당하여 수긍할 수 있다.”고 판시하였다.

위 대법원 판결은 같은 날 선고된 현대자동차 울산공장 사건과 동일한 법리¹⁷⁰⁾를 제시하면서도, 결론에 있어서는 전혀 반대의 입장을 취했다. 위

169) ① 재단법인 홍익회와 주식회사 한국철도유통(이하 ‘철도유통 등’이라고 한다)이 KTX 승객서비스업을 담당하는 KTX 승무사업본부나 승무본부를 따로 두고 소속 직원을 관리한 점, ② 철도유통 등은 원고들과 같은 KTX 여승무원을 직접 채용한 뒤 자체 계획과 기준에 따라 KTX 여승무원에 대한 교육 및 근무평가를 실시하고 그 결과를 인센티브 지급 등에 반영한 점, ③ 철도유통 등이 채용·복무·보수·해고에 관한 내용이 포함된 ‘고속철도승무원 운용지침’을 제정하고 징계처분 등 KTX 여승무원에 대한 인사권을 직접 행사하였던 점, ④ 한편 KTX 승무분야 업무 중 KTX 여승무원의 업무를 피고 측 소속 열차팀장의 업무와 분리하여 도급 형식으로 위탁하는 것이 불가능하지 않은 점, ⑤ KTX 여승무원의 업무에는 열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전 업무와 밀접하게 관련된 부분이 일부 존재하나 이는 매우 예외적인 상황에 필요한 것으로서 일상적인 활동이 아니고 KTX 여승무원의 전체 업무에서 차지하는 비중도 극히 낮은 점 ⑥ 열차팀장이 KTX 여승무원에게 지시하거나 KTX 여승무원을 감독하는 일은 거의 없었던 점, ⑦ 철도유통 등은 출근상황, 근무시간, 휴게시간 등 KTX 여승무원의 근무내용을 직접 관리한 점, ⑧ 승무교번표를 편성하여 그에 의거 KTX 여승무원을 배치하고 승무일정의 변경 내지 조정 여부를 결정한 주체도 철도유통 등이었던 점 등

170) 현대자동차 아산공장에서 제시한 불법파견의 판단 기준 즉, ① 원청의 상당한 지휘명령, ② 원청 사업으로의 실질적 편입 ③ 하청의 근태관리의 독립성 ④ 도

판결이 원용하고 있는 사실관계에서 나타나는 논거를 크게 3개의 범주로 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 피고의 하청업체이자 원고와 고용계약을 맺고 있는 ‘철도유통 등’이 ‘사업경영과 인사노무관리의 독립성’을 보유하고 있었다는 점, 둘째, ‘도급업무’가 원청 근로자의 업무와 구분될 뿐 아니라¹⁷¹⁾ 성질 상 피고 소속 근로자인 열차팀장의 업무와 분리하여 도급할 수 있는 업무라는 점, 셋째, 피고(원청)의 원고(근로자)에 대한 구속력 있는 지휘명령이 없었고 구체적 업무수행 결정권도 ‘철도유통 등’에 있었던 점이다.

해당 논거의 흐름을 간단하게 정리하면 ‘하청의 독립성이 인정되고 하청 근로자들의 업무는 도급이 가능한 업무라는 점에 대해 중점적 판단을 한 이후, 지휘명령에 관한 사항은 구속력이 없는 사소한 것으로 치부하여 묵시적 근로계약 및 파견관계의 성립을 부정하는 방식의 논리전개’라고 할 수 있다. 원청의 하청 근로자에 대한 지휘명령에 관한 판단보다 하청의 독립성이나 도급업무 자체의 성질에 판단의 중점을 둔 것이다.

동 판결의 또 하나의 특징은 묵시적 근로계약관계의 성립과 파견관계의 성립을 별도로 판단하지 않고 하나의 사실관계를 바탕으로 뭉뚱그려 판단하고 있다는 점이다. 묵시적 근로계약관계의 성립과 파견관계의 성립을 인정하기 위한 판단기준이 다르다는 점에서 상당히 이례적인 논리전개이다.¹⁷²⁾ 법원이 위와 같이 묵시적 근로계약관계의 성부와 파견관계의 성부를 나누지 않고 한 번에 판단한 이유는 파견관계의 성부를 판단함에 있어 하청업체의 독립성을 중점적인 요소로 판단한데서 비롯된 것으로 생각된다. 판례는 묵시적 근로계약관계의 성립 인정에 있어서 ‘사업주로서의 실체성’ 유무를 판단의 중요한 기준으로 삼고 있기 때문에¹⁷³⁾ 위

급업무의 한정성, 구별성, 전문성·기술성 ⑤ 협력업체의 인적(조직)·물적(설비) 독립성을 동일하게 실시하면서 위와 같이 판시하였다.

171) 정확히는 “열차팀장이 담당한 운행 및 승객의 안전 업무와 밀접하게 관련된 부분밀접하게 관련이 있는 부분”도 존재하기는 하나, 극히 예외적인 것이어서 고려의 요소로 삼을 수 없다고 판시하였다.

172) 동일한 의견으로 강성태, 사내하청에 관한 세가지 판단-Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX, 노동법연구 제40호, 2016. 3. 65면

대법원 판결과 같이 파건의 성부 판단에 있어서 하청의 독립성을 중요한 요소로 볼 경우 묵시적 근로계약관계의 성부와 실질적으로 판단의 내용이 중복되기 때문이다.¹⁷⁴⁾

나) 삼성전자서비스센터사건 (서울중앙지법 2017. 1. 12. 선고 2013가합53613·65883(병합), 2014가합59366(병합) 판결)

동 판결은 삼성전자의 전자제품 수리 업무를 수행하는 자회사인 ‘삼성전자서비스’의 협력업체 수리기사들이 ‘삼성전자 서비스’에 대하여 묵시적 근로계약관계의 성립 내지 파견관계의 성립을 주장한 사안으로, “① 피고가 협력업체 수리기사들의 채용에 관여하기도 했으나 이는 피고가 컨소시엄 사업에 따라 운영기관으로서 참여기관인 협력업체로부터 위탁 받은 업무를 수행한 것으로 보이는 점, ② 피고가 협력업체 수리기사들의 채용에 관여하고 훈련비나 신입정착금을 지급한 것은 컨소시엄 사업 또는 대·중소기업간 상생협력방안의 하나로 보이며, 원칙적으로 수리기사는 피고 소속 수리기사와 다른 업무를 수행했고 일부 업무가 중첩되거나 수리업무가 이관된 사례가 있으나 보편적으로 이뤄진 것으로 단정할 수 없으며, 피고가 협력업체 수리기사들을 대상으로 업무교육 및 평가를 시행했으나 이는 전국적으로 균일한 서비스 수준을 유지하기 위한 것이고 도급계약의 목적 달성을 위해 일정한 자격을 요구하는 것으로 보이는 점 ③ 협력업체는 피고로부터 지급받은 직접수수료 상당의 금원 그대로 수

173) 판례는 묵시적 근로계약관계의 인정과 관련하여 “원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니”할 것을 요구하고 있다.

174) 마지막 결론 부분만을 보면 원심이 하청업체의 실체성과 관련된 부분은 묵시적 근로계약관계를 부정하기 위한 논거로, 업무상 지휘명령 및 업무에 수행에 대한 지배 관련 부분은 파건을 부정하기 위한 논거로 사용한 것처럼 되어 있다. 그러나 실제 원심판결을 자세히 들여다보면 원고 측에 유리한 사실과 피고 측에 유리한 사실을 병렬적으로 연결시켜 놓은 후, 뒤의 사실에 비추어 앞의 사실만으로는 묵시적 근로계약관계나 파견이 인정된다고 볼 수 없다고 뭉뚱그려 판단하고 있다.

리기사들의 임금으로 지급한 것이 아니라 협력업체 마다 독자적인 임금 체계를 갖추고 그에 따라 산정한 임금을 수리기사들에게 지급했으며, 각 협력업체마다 독자적인 취업규칙을 만들어 수리기사들의 고용형태, 근로 시간 및 휴일 등을 달리 정하고 있고, 실제로도 협력업체마다 달리 운영 되고 있고, 피고가 협력업체에 전산시스템을 제공한 것은 업무 효율을 위해 제공한 것이고 이것도 컨소시엄 사업 또는 대·중소기업간 상생협력 방안의 하나로 보이는 점 ④ 피고의 업무매뉴얼 제공은 수리서비스가 균 질적으로 수행하도록 하기 위함이며 수리기사들은 자신의 수리기법으로 수리하면 되는 것이므로 수리 시 참고 기준이 될 뿐이지 반드시 그 매뉴얼에 따라 수리 업무를 진행해야 하는 것은 아니고, 피고는 협력업체 수리기사들에 대한 매월 평가결과를 토대로 협력업체에게 성과인센티브를 지급하기도 했으나 이는 컨소시엄 사업 또는 대·중소기업간 상생협력방 안의 하나로 보이고 이 평가결과에 따라 인사상 불이익을 부여하고 있다 고 볼 증거가 없는 점 ⑤ 또한 노조는 피고가 협력업체를 직접 지휘·감독했다고 주장하지만 피고가 협력업체를 직접 지휘·감독했다고 보기 어 렵고, 협력업체 수리기사들의 신분증, 명함, 근무복에 피고의 로고가 삽 입돼 있으나 이는 고객으로 하여금 해당 서비스기사가 피고로부터 수리 업무를 위탁을 받은 자라는 것을 쉽게 확인할 수 있게 함으로써 고객에 게 신뢰를 주기 위한 것일 뿐이며, 일부 협력업체들은 피고로부터 위탁 받은 수리업무 외에 독자적인 사업을 영위한 점을 볼 때 독립적인 사업 체로 볼 수 있는 점 등을 고려할 때, 피고와 수리기사들 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립됐다고 단정할 수 없고 근로자파견관계에 해당한다고 보기도 어렵다¹⁷⁵⁾”고 판시하였다.

위 판결은 2015년 2월의 KTX판결과 그 논거에 있어서 상당한 유사성 을 보인다. 협력업체의 인사노무 관리상, 경영상 독립성을 강조하고 업무 상 지휘명령이나 업무수행의 지배와 관련된 요소들은 부수적인 요소로

175) 판결 요지는 www.elabor.co.kr에서 요약한 내용을 활용하였다.(마지막 방문일 시 2017. 11. 4.)

치부하면서 묵시적 근로계약과 불법파견의 성립을 뭉뚱그려 한 번에 부정하고 있다.

다) SK하이닉스 사건(서울동부지법 2017. 8. 17. 선고 2016가합102687 판결)

동 사건은 SK하이닉스가 이천·청주 공단의 차량 관리업무를 SK하이닉스에 위탁하고, SK케이하이닉스는 이천과 청주 각각의 차량운행업무를 별도의 용역업체에 재위탁 하였는데, 해당 용역업체의 근로자들이 불법파견을 주장하며 SK하이닉스를 상대로 고용의무의 이행을 구한 사건이다.

법원은 “용역업체의 기사들에 대한 지시·감독권한은 유명무실했고 사실상 하이닉스가 기사들에게 업무수행과 관련해 상당한 지휘·감독을 했다고 판단했으며, 용역업체들은 채용은 물론 교육훈련·작업시간·근무태도 점검 등에 대한 권한을 독자적으로 행사하지 못했고 소속 노동자들의 일반적인 근무환경을 관리했을 뿐 업무능력향상을 위해 고유기술이나 설비·자본 등을 투입하지 않았다.”는 점 등을 근거로 불법파견이 성립한다고 보고 SK하이닉스의 고용의무를 인정하였다.

동 판결은 중층적 도급관계에서의 원청과 재하청업체의 근로자 사이에도 불법파견관계가 성립할 수 있다는 점을 분명히 했다는 점, 비제조업 분야에서 파견관계를 인정한 사례라는 점에서 의의가 있다.

3) 검토

2015. 2. 26. 선고된 세 개의 대법원 판결은 그동안 혼란 속에 있었던 불법파견의 판단기준을 일반 법리의 차원으로 확립하였다는 점에서 의의가 있다. 2015. 2. 26. 대법원 판결 선고 이후 위장도급이 쟁점이 된 판결들은 모두 해당 기준에 따라 불법파견여부에 대한 판단을 하고 있으므로 해당 판결을 통해 법원의 불법파견 판단기준이 정립되었다고 평가할 수

있을 것이다. 그러나 그 의의에도 불구하고 불법파견인지 여부를 판단하기 위한 5가지의 기준¹⁷⁶⁾을 단순히 병렬적으로 나열하고 있을 뿐 해당 기준들의 의미 및 상호관계에 대한 명확한 설시가 부족하여 아래와 같은 해석상 혼란을 야기하고 있다.

첫째, 다섯 가지 기준을 요건으로 해석할 것인지(각 기준이 모두 파견을 인정하는 방향으로 충족되어야만 불법파견이라는 결론을 내릴 수 있는 것인지) 아니면 불법파견이 인정될 수 있는 요소로만 보고 일부 기준만 충족 되더라도 종합적 판단을 통해 불법파견을 인정할 수 있는 것인지 여부가 불분명하다. 이에 대해서는 다섯 가지 기준을 불법파견의 요건사실로 보아, 각 기준이 모두 불법파견이 인정되는 내용으로 충족되어야 불법파견을 인정해야 한다는 주장도 있을 수 있다. 그러나 이러한 해석에 따르면 하청근로자에 대한 원청의 구체적 지휘감독이 인정되는 경우에도 하청업체가 독자적으로 근로자의 선발과 근태관리를 하였다는 이유만으로 불법파견의 성립이 부정될 수 있어 명백히 부당하다. 따라서 비록 대법원 판결이 비록 명확히 판시하고 있지는 않지만 위 5가지 기준은 불법파견을 인정하기 위한 요건사실이 아닌, 불법파견을 인정하기 위한 기준을 제시한 것에 불과하다고 봄이 타당할 것이다.

둘째, 5가지 기준을 단순 나열하는데 그치고 있어 어떤 기준이 상대적으로 더 중요한 기준인지, 판단의 순서나 방법이 있는 것인지 등이 명확하지 않다. 이에 대해서는 해당 사실이 인정 되면 파견 성립에 긍정적인 요소인 ①-②와 인정 될 경우 파견 성립에 부정적인 요소인 ③-⑤를 구분하여 양자를 비교형량 해 ①-②의 요소가 강하면 파견으로 ③-⑤의 요소가 강하면 도급으로 판단하는 것으로 해석된다는 견해¹⁷⁷⁾가 있다. 그러나 법원의 실제 판시 내용을 보면 각 판단기준을 위와 같이 이분하

176) ① 원청의 상당한 지휘명령, ② 원청 사업으로의 실질적 편입 ③ 하청의 근태 관리의 독립성 ④ 도급업무의 한정성, 구별성, 전문성·기술성 ⑤ 협력업체의 인적(조직)·물적(설비) 독립성

177) 이승길, 김준근, 업종별 도급과 파견의 구별에 관한 담론, 산업관계연구 제25권 제4호, 2015. 51면

여 비교형량을 하는 논리를 펴고 있지 않을 뿐 아니라, 오히려 다섯 가지 기준 모두를 결론에 맞추어 판결의 근거로 삼는 논리를 전개하고 있다.¹⁷⁸⁾ 이런 점에서 판례는 5가지 기준을 불법파견을 인정하기 위한 판단을 위한 요소로 보고, 이를 종합적으로 판단하여 결론을 내리는 방식을 취하고 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 이와 같이 이해하더라도 판단의 순서나 각 요소의 상대적 중요성에 대한 언급이 없어 일부 기준이 인정되고 일부 기준이 인정 되지 않았을 경우에 어떻게 결론을 내려야 하는 것인지에 대한 부분은 여전히 혼란스럽다.

또한, 2015. 2. 26. 불법파견이 가장 많이 문제 되는 영역인 제조업과 서비스업에서 각각 대법원 판결이 나온 이래 제조업에서는 불법파견의 인정이 폭넓게 확대되어가고 있는 반면 서비스업에서는 불법파견 인정에 상대적으로 소극적인 것도 의미 있게 보아야 할 특징이다. 이러한 판단의 밑바탕에는 법원이 판시하고 있는 표면적인 이유 외에도 원청(혹은 그 상위의 완성품 제조업체)이 수립한 생산 계획과 생산 시스템에 강한 종속을 받을 수밖에 없는 제조업 분야 사내협력업체의 특수성이 반영된 것으로 추측된다.¹⁷⁹⁾ 그러나 서비스업 분야에서 이루어지는 도급은 제조업과 달리 유형적 생산물이나 결과물을 목적으로 하는 것이 아니라 순수한 ‘노동력의 제공’만을 목적으로 하는 경우가 많기 때문에 오히려 노동법적 보호의 필요성이 크다는 점에서 이러한 판례의 경향은 문제가 있다고 생각된다. “법원 판결대로라면 제조업무는 연계작업, 혼재작업인 경우

178) 이정, 도급과 파견의 구별기준에 관한 법리-판례의 변천의 문제점을 중심으로 -, 노동법논총 34집, 2015.8. 259면

179) 특히 원청이 직영 근로자들을 직접 배치하여 공정을 진행시키는 컨베이어 벨트에 속한 공정 일부를 도급 받은 사내협력업체의 경우에는 이러한 경향이 더욱 두드러질 것이다. 그러나 최근의 하급심 판결은 원청이 통제 관리하는 컨베이어 벨트에서 벗어난 간접공정 또는 컨베이어 벨트로 연결된 생산라인 전체의 조립공정을 도급한 경우까지 파견을 폭넓게 인정하고 있는 추세이다. 즉 같은 컨베이어 벨트에서 일을 하는지 여부가 핵심이 아닌 하청의 업무가 원청의 생산계획과 시스템에 종속되어 있는지를 제조업 불법파견 인정을 위한 핵심으로 판단하고 있는 것으로 보인다. 서비스업의 경우에는 이러한 종속성이 상대적으로 결여될 수밖에 없고, 이러한 점이 파견인정에 있어서도 불리하게 작용하고 있는 것으로 추측된다.

에는 파견관계가 인정되어 근로자 보호가 가능하지만, 서비스제공업무는 ‘업무가 구분된다는 이유로’ 묵시 근로계약제도 파견관계도 부정되어 근로자 보호가 불가능해지는 문제가 있다. 서비스제공업무는 제조업무와 달리 고객(소비자)에게 직접 접촉되는 업무이다. 원청회사가 고객과의 거래로 수익은 올리면서 고객에게 다른 회사에게 떠넘겨 노동법상의 책임은 모면하고 고객에게는 직접 서비스를 제공하는 것이 아니라는 점을 드러내지 않고 속이고 있으며, 그럼에도 서비스가 제로 제공되는지 결국 안심이 되지 못하여 직, 간접적으로 하청회사의 직원들을 실제로는 사용자처럼 통제하는 것이, 우리나라에서 이른바 업무하도급이란 명목으로 벌어지고 있는 노무도급의 일반적인 모습이라는 점¹⁸⁰⁾에서 서비스업에서의 불법파견 인정에 소극적인 대법원의 태도는 문제가 있다고 생각한다.

나. 종래 논의의 검토와 그 한계점

1) 문제점

종래 우리나라의 위장도급에 관한 논쟁은 주로 ‘도급과 파견의 구분’ 기준이라는 관점에서 논의되어 왔다. 국내에서 파견법의 적용여부가 ‘도급과 파견의 구분’이라는 관점에서 주로 주장된 이유는 “위장도급이 문제될 경우, 파견이 아닌 진정한 도급임을 주장하는 것이 사용자 측에 의해 흔히 원용되는 대응방식”인 점에 기인한 것인데, 그 근본적 이유는 파견법이 고용의제(현재는 고용의무)라는 강력한 법적 규율을 두고 있기 때문에 사용자의 입장에서는 도급임을 주장하여 파견법의 적용을 면해야만 하는 필요성이 있고, 반대로 근로자로서는 실질적 파견관계의 성립을 주

180) 김홍영, KTX 여승무원의 실질적 사용자가 철도공사인지 여부 - 법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결 - 법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결, 월간노동리뷰, 한국노동연구원, 2015. 4. 91면

장할 실익이 크기 때문이다.¹⁸¹⁾ 적법한 도급과 위법한 파건을 어떻게 구분할 것인지에 대해서는 종래 여러 논의가 있어왔으나 2015년 2월 다섯 가지 판단기준을 제시 한 대법원 판결이 나오기 이전까지 일반적으로 받아들여지는 지배적 견해는 존재하지 않았다. 다만, 다음과 같은 일정한 경향은 발견할 수 있다. 첫째, 불법파건인지 여부의 판단을 민법상 전형 계약인 도급에서 나타나는 전형적인 특성이 존재하는지 여부를 기초로 도급과 파건을 구분하고자 하는 접근하는 방식¹⁸²⁾¹⁸³⁾과, 이러한 견해에

181) 이와 달리 일본에서는 “진정도급임을 주장하여 파건법의 적용을 면하려는 주장”이 발견되지 않는데, 주된 이유는 “불법파건으로 인정 될 경우 근로자에 대한 사용자로서의 책임을 부담할 수밖에 없는 우리나라와 달리 일본의 경우 불법파건의 효과로 사용자의 청약의무만을 인정하고 있고, 청약의무의 불이행이 행정지도의 대상이 되는 것은 별론으로 하고 계약의 성립을 가능하게 할 것인지에 대해서는 부정적”이기 때문이다. 그 외에도 일본의 경우 제조업에 대한 파건을 허용하고 있기 때문에, 사용자로서는 제조업에 대한 합법적인 파건이 가능하고, 오히려 합법적인 도급을 관철시키는 데에만 집중할 필요는 상대적으로 적다는 점도 하나의 원인으로 생각된다.(최석환, 위장도급을 둘러싼 일본 노동법의 대응 - 파나소닉 PDP 판결에 대한 일련의 평석들을 중심으로 -, 노동법연구 31호, 2011. 9. 120-123면) 더욱이 일본의 경우 묵시적 근로계약의 성립이라는 시각 내지 판단기준이 현재에도 판례상 유지되고 있으나, 실제로는 파건근로계약이라는 법률관계를 중시하면서 묵시적 근로계약의 성립을 부정하는 판례가 계속적으로 나타나고 있고, 급기야는 근로계약 형식이 파건 근로와 관련한 근로계약, 파건계약이라는 틀로 형성된 이상 사용자업주와 파건근로자와의 사이에 근로계약이 성립될 여지가 없다고 하는 판결이 나오기에 이른 상황이다. (송강직, 일본 근로자파건과 위장도급의 쟁점, 노동법 연구 제29호, 2010년, 151면) 이런 점 때문에 일본에서는 우리나라와 달리 근로자 측에서 실질적 파건관계의 인정을 주장할 실익이 크지 않고, 그 결과 파건과 도급의 구분이라는 논쟁도 발생하지 않게 된다. 오히려 파건법 적용 시 종래 묵시적 근로계약관계의 법리의 적용이 어려워지는 문제점 때문에 불법파건을 파건법이 적용되는 실질적 파건으로 볼 것인지 아니면 직업안정법상의 위법한 근로자공급으로 볼 것인지에 관한 논쟁이 더 큰 실익을 갖게 된다. 일본에서 이러한 논쟁이 반영된 대표적 사례로 파나소닉 PDP사건[パナソニックプラズマディスプレイ (パスコ) 事件 (最高裁第二小2009. 12. 18)]을 들 수 있다.(동 판결례에 대한 상세한 분석으로는 최석환, 위장도급을 둘러싼 일본 노동법의 대응 - 파나소닉 PDP 판결에 대한 일련의 평석들을 중심으로 -, 노동법연구 31호, 2011. 9. 참조) 이와 같이, 위장도급의 법률문제가 반드시 파건과 도급의 구분이라는 프레임으로 나타나는 것은 아니며, 우리나라에서의 관련 논쟁은 사용자의 직접고용의무를 인정하는 우리 파건법제의 특수성이 반영된 것이라는 점을 이해할 필요가 있다.

182) 이러한 경향이 나타나는 대표적 논문으로는 김희성, 사내하도급에 관한 판례법리의 내용과 문제점-창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781판결을 중심으로-,노동법논총 제35집, 2015. 12. 권혁, 업무도급관계에서의 위장도급 판단 노동

의문을 제기하며 파견에 해당하는지 여부는 노동법 상의 독자적이 판단

법학 제56호 2015. 12. 한국노동법학회 195-222면, 박지순, 파견과 도급의 구별에 관한법리, 안암법학 제38호 267-312면, 2012. 5. 김봉수, 노무도급과 위장도급, 안암법학 제39호 2012 335-399면 등이 있다. 권혁 교수는 위 논문(업무도급관계에서의 위장도급 판단) 207면에서 도급지시권과 근로지시권의 구분을 통해 파견인지 여부를 판단하는 독일의 사례를 소개하면서, “서비스 또는 도급계약의 실행을 위해 배치된 근로자들은 수급사업주의 지시(Weisung)를 받는다. 그리고 그는 도급계약의 이행보조자의 지위에 놓이게 된다. 다만 도급인은, 독일 민법 제645조 제1항 제1문에서 주어지는 것처럼, 다시 수급인에게 독립적으로 또는 그의 이행보조자에게 그 일의 실행을 위한 지시를 할 수 있다. 이러한 지시는 도급인지시권의 행사로 보아야 하며, 이러한 도급인의 지시권 행사는 해당 도급계약관계를 근로자파견법의 규제 대상에 포섭시키는데 아무런 항을 미치지 못한다.”고 주장하고 있다. 이러한 입장은 도급인의 지시권의 범위라는 민법 해석을 통해 파견관계를 부인하는 논리다. 박지순 교수는 위 논문(파견과 도급의 구별에 관한 법리) 281-282면에서 근로자 파견에만 나타날 수 있는 고유한 속성과 도급에서만 나타날 수 있는 고유한 속성이 존재한다고 주하면서 근로자 파견에서는 나타날 수 없는 도급계약의 고유한 특성(법적효과)을 가진 경우에는 (다른 파견적 요소가 일부 있더라도) 도급으로 인정해야 한다고 주장한다. 그리고 그러한 도급의 고유한 특성으로 하청의 원청에 대한 담보책임의 인정을 들고 있다. 김봉수 교수도 위 논문(노무도급과 위장도급) 378-379면에서 같은 맥락의 주장을 하면서, “도급과 위장도급의 구별은 계약해석(Vertragsauslegung)의 문제로서, 실제 당사자의 관계가 도급계약에 해당하는지를 고찰하여 밝혀내야 한다고 하고 있다. 김봉수 교수는 이때 도급계약의 해당성은 사실관계에 비추어 당사자의 관계가 민법상 도급계약이 나타내는 특징적인 표지를 갖추고 있는지를 살펴보고 판단할 수 있다고 주장하는데 도급계약의 특징적 표지와 사용종속관계표지(또는 종속성을 초래하는 지시권표지) 중 어떤 기준이 우선적으로 판단되어야 하는지에 대해, ”종속관계 내지 지시성 기준은 노동법상 근로자성 판단과 그 맥을 같이 하는 것인데, 이를 우선적으로 검토하는 것은 바람직하지 않다. 이에 따르면 수급인이 고용한 자가 근로자가 아닌지가 밝혀질 뿐, 그 구체적인 성격규명이 불가능하기 때문이다. 도급계약의 특징적 표지를 가지고 해당 법률관계가 민법상 진정한 의미의 도급인지 아니면 위장도급인지를 판단하여야 한다. 왜냐하면 진정도급이 아닌 경우가 모두 노동법상 근로계약의 대상은 아니므로, 도급여부에 대한 판단이 먼저 이루어져야 한다. 즉, 민법상 도급의 요소를 결하고 있어 도급으로 볼 수 없는 경우라도, 경우에 따라서 민법상 고용계약 내지는 위임 등 다른 계약의 유형에 해당할 수도 있고, 경우에 따라서는 어느 경우에도 해당하지 않는 혼합계약(Mischvertrag)의 영역 내지 회색지대(Grauzone)에 해당할 수 있기 때문이다. 따라서 사용종속성 내지 지휘명령의 표지를 가지고 당해 법률관계를 검토하는 것은 위와 같은 판단이 이루어진 후 보충적으로 행해지는 것이 바람직할 것이다. 또한 계약의 형식이 도급이라면 일단 당사자들이 의욕한 바가 일용 도급이라고 추정(?) 되므로, 이에 따라 실제 법률관계가 그에 상응하는가를 살펴보는 것이 더 적절할 것”이라고 주장하고 있다. 이와 같은 주장에는 불법파견의 판단에 있어서 노동법의 독자적 시각보다는 시민법적 계약해석의 관점을 우위에 두려는 경향이 명확히 담겨 있다.

183) 파견과 도급의 구분이 아닌 위임과 파견의 구분이라는 관점도 고려해볼 필요가

의 영역으로 보아 ‘사용종속관계’의 인정여부 등 노동법적 관점에서 접근하는 방식¹⁸⁴⁾이 발견된다. 둘째, 판단 방법론의 측면에서 노무지휘권 내

있다는 주장도 있다. 이러한 주장은 “실질적인 사내하도급은 도급보다는 위임에 더 가까운 것이 아닌가 생각할 수 있다.”고 하면서, “위임은 당사자 일방이 상대방에 대해 사무처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써, 성립하는 계약인데, 위임은 수임인이 위임된 사무를 처리하는 활동 그 자체를 목적으로 하며 도급과 달리 일의 완성을 목적으로 하지 않기 때문”이라고 하고 있다. (이달휴, 도급과 파견의 구별에 관한 최근의 판결의 동향과 쟁점-대상판결: 서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나49625 등(병합), 노동법논총 제40집. 2017. 8. 123면, 위 글에서는 사내하도급의 실질을 위임으로 볼 수 있는 경우가 오히려 다수일 수 있다고 주장하면서 도급과 파견을 비교하는 기존의 논의를 전형계약으로서의 위임의 특수성과 비교하는 기준으로 변형하여 주장을 전개하는데, 그 구체적 내용은 기존의 ‘도급과 파견의 구별’과는 차이가 있으나 민법상 전형계약의 성질과 파견관계의 차이점을 비교하는 방식으로 불법파견인지 여부를 판단하는 방법이라는 점에서 기존의 ‘도급과 파견의 구별’로 접근하는 방식과 동일한 방법론을 취하는 일종의 아류로 보인다.

184) 이러한 경향이 나타나는 대표적 논문으로는 조임영, 근로자파견관계의 판단방식과 기준, 노동법연구 제22호 2007 151-180면. 조임영 교수는 해당 논문 158-159면에서 “근로자파견계가 존재하는지에 대한 평가는 파견법상 근로자건의 정의규정의 구성요건에 해당하는지 여부를 단하는 방식으로 이루어져야 한다.” “도급에 해당하기 때문에 근로자건이 아니라는 판단 방식은 법리적으로 적절하지 않다.”고 주장하면서 “실무 측면에서 이러한 판단방식은 이러한 판단 방식은 불법파견이라는 판단에서 벗어나기 한 열린 통로로서 도급계약의 징표들을 거론하여 도급계약이기 때문에 불법건이 아니라는 식으로 기능하는 것이 아닌가 생각된다.”는 우려를 표명하고 있다. 그 밖에 권혁, 도급 대상으로서의 ‘업무’와 위장도급 논쟁, 노동법포럼 제11호, 2013. 11. 107-109면에서도 같은 취지에서 “위장도급 여부를 판단함에 있어서 중요한 것은, 적극적으로 근로계약임을 입증함으로써 불법파견을 인정하는 판단방식이라고 할 것이다. 즉, 비록 근로계약의 체결은 없으나, 외부 근로자와 원청사용자 간의 관계가 근로계약관계라는 사실이 입증될 때 비로소 위장도급관계를 인정할 수 있다. 따라서 중요한 것은 근로계약관계로서의 요소를 찾아내는 일이지, 도급계약관계의 전형성 요소와 얼마나 괴리되어 있는가를 찾아내는 것은 아니다”라고 지적하고 있다. 다만, 권혁 교수의 위 주장은 업무가 도급계약의 대상으로서의 적격성을 갖지 못하기 때문에 불법파견이 성립할 수 있다는 논리(“자동차 부품 조립공정 중 일부는 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약의 대상 업무로 적합하지 않다”는 논리로 파견을 인정한 서울중앙지방법원 2007. 6. 1. 선고 2005가합114124 판결이나 실무상 존재하는 컨베이어벨트방식의 업무는 도급의 대상이 될 수 없다는 인식 등)을 비판하면서 언급된 것이라는 점은 유의할 필요가 있다. 권혁 교수는 ‘도급계약의 목적으로 삼기에 적합하지 않은 업무를 도급한 것을 파견인정의 근거로 보는 논리’를 비판하기 위해 위와 같은 주장을 하면서도, ‘도급지시권’과 ‘근로지시권’의 구분을 기초로 파견인지 여부를 판단하는 논리에 대해서는, 반대로 민법상의 도급계약의 전형성을 기초로 접근하여 ‘도급상 지시권에 해당하므로 파견을 인정하기 위한 근로지시권으로 볼 수 없다는 취지의 논리’를 전개하고 있어(위 각주 184번 참고) 위장도급의

지 업무상 지휘·명령과 같은 사용종속성이 강하게 나타나는 표지를 상위에 놓고 그 성립요소가 되는 하위지표들의 가치를 상위 지표와의 관련성에 따라 서열화 하는 방식¹⁸⁵⁾과 불법과건과 관련된 여러 판단지표를 상위 개념에 종속시켜 서열화하지 않고 병렬적으로 나열한 후 종합적으로 판단하는 방식¹⁸⁶⁾이 있다. 그 밖에 불법과건의 판단에 있어서 지휘명

판단기준에 대한 접근방식에 관해 일관성 있는 논리를 가지고 있지는 않은 것으로 보인다.

185) 이러한 관점을 취하는 대표적 논문으로는 오윤식, 위장도급의 준별과 그 법적 효과, 민주법학 제37호, 2008. 9. 245-279면 오윤식 변호사는 해당논문 266면에서 “위장도급의 준별은 수급인에게 고용된 근로자와 도급인 사이에 지휘·명령관계, 나아가 사용종속관계가 있느냐를 파악하는 문제이므로, 그 준별에 있어서 도급인의 지휘·명령권의 행사가 본질적인 표지가 될 수밖에 없고, 따라서 도급계약으로서의 유형적 특질의 결여는 도급인의 지휘·명령권 행사 보다 상위에 있는 기준은 아니라고 할 것이다.”라고 주장한다. 나아가, 이러한 주장을 기초로 직접적 지휘·명령이 있는 경우에는 불법과건이 인정 될 수 있고, 포괄적이고 간접적인 지휘·명령이 있는 경우에는 원청이 경영조직 내지 사업조직으로의 편입을 고려해 과건을 인정하기 위한 지휘·명령을 인정할 수 있다고 하며, 그 밖에 도급계약의 유형적 특질의 결여는 지휘·명령보다 하위에 있는 판단요소로서 고려할 수 있다고 한다. 이와 달리, 판단요소를 서열화 하는 방식을 취하면서도 작업지시권이 아닌 사용자에게 고용된 근로자의 수와 근로자가 수행한 업무의 내용을 고려한 ‘고용목적’과 고용된 근로자가 수행한 업무와 관련하여 그 결과에 대한 이익과 위험이 계약이행에서 실현되고 부담되는지를 고려한 ‘경영상 사업주체로의 독립성’이라는 두 요소를 본질적이고 원칙적 판단 기준으로 해야 하며, 이를 기초로 하면서 원청회사의 업무와 작업수행의 특수성에 따라 나타날 수 있는 개별화된 사항은 보완적 요소로 하여 판단해야 한다”는 견해도 있다. “근로자의 수를 고려한 고용목적과 경영상 사업주체로의 독립성은 원청회사가 노동법의 적용회피를 위해 임의로 형성시키기 어려운 사항이지만, 작업지시권 등은 법률에 관한 학습 효과 또는 업무조직 내지 작업과정 등에서 변경이 비교적 쉬운 사항이라는 점을 근거로 한다.(박수근, 사내하청에서 원청회사의 노동법상 책임에 관한 판례 동향, 노동법 포럼 제6호, 2011. 4. 85-86면)

186) 이러한 관점을 취하는 대표적 논문으로는 최은배, 위장도급의 판단-과건과 도급의 준별, 노동법 연구 제31호, 2011. 9. 37-38면 최은배 변호사는 해당 논문 38면에서 ‘지휘명령행사’를 상위 개념에 두고 과건의 성립여부에 대한 기준을 수립하는 입장에 대해 “① 다양한 준별 요소를 지휘·명령권 행사 여부라는 하나의 기준으로 귀결시켜버리는 결과를 가져올 수 있고 ② 위장도급의 판단에서는 도급인과 수급인 사이의 외형상 도급계약의 목적이 무엇인지 판단하는 과정에서 위장도급 해당여부를 보다 빨리 판단할 수 있(으므로) 이를 수급인 소속 근로자와 도급인 사이의 지휘·명령 보다 부차적인 것으로 고려하는 것은 (문제가 있으며), ③ 직접적·구체적적인 지휘명령권 행사여부를 판단할 때에도 도급인의 사업 경영 조직 편입여부를 충분히 고려하지 않을 수 없고, ④ 다양한 요소를 종합하여 실체를 판단하는 방법을 거쳐 진정 도급과 위장도급을 준별해야 한다.”고

령의 요소나 사업주의 실체성을 중심으로 판단하는 것을 비판하면서 계약의 실질과 내용을 고려하여 판단하되, 기업의 외부노동력 활용 필요성을 고려해 판단해야 한다는 견해¹⁸⁷⁾도 있으나 판단기준으로서의 ‘계약의 실질과 내용’의 구체적 의미가 무엇인지는 명확하지 않다.

불법파견의 판단에 대해 확고하게 정립된 기준과 방법론이 없는 이유는 위장도급의 법률관계는 원청-하청-하청 근로자 간의 3면적 법률관계로서 고려해야 할 판단요소가 다양하고 복잡한 양상으로 나타나는 점, 도급으로서의 성질과 파견으로서의 성질이 혼합되어 나타나기 때문에 무엇을 더 중요한 것으로 평가할 것인지에 대한 기준제시가 쉽지 않은 점 등에 기인한 것으로 보인다. 이와 같이 견해의 대립이 명확한 입장 차이를 가지고 체계적으로 유형화되지 않는 경우 각각의 개별적 견해를 모두 병

주장한다. 그 외에도 독일에서의 판단지표론(지표판단에서 우열을 두거나, 유일지표를 통해 불법파견여부를 판단하는 방법론)을 소개하면서 그 문제점을 지적하는 논문으로 권혁, 독일에서의 위장도급 판단기준에 관한 논의와 그 시사점, 노동법논총 제35집, 2015. 12. 206-208면. 해당 논문에서 권혁 교수는 독일의 판단지표론을 소개하면서, 법원의 종합적 고려방식이 사법적 결과에 대한 예측가능성을 떨어뜨리는 문제를 타개하기 위한 방안으로 지표에 우열을 부여하고 유일지표를 제시하는 것은 방법론상 의미 있는 시도가 아닐 수 없다고 하면서도, 그러나 오늘날 매우 다양한 고용형태와 산업영역이 존재하는 상황에서, 법적 명확성에만 비중을 둔 나머지 위장도급 판단 결과가 노동현실에서의 실질을 반영하지 못하는 문제를 초래할 수도 있어 보인다고 하면서 이러한 방법론이 이른바 현실적인 실효성을 가질 수 있을지는 여전히 의문이 아닐 수 없다고 주장한다.

187) 한광수 사내하도급과 근로자파견의 구별기준과 법적효과의 문제, 노동법논총 제31집, 2014. 8. 715-720면. 동 견해는, 판례에 대해 “관련사안의 해결에서 계약의 실질과 내용을 고려하여 그 법적 성격을 규명하기보다는 이러한 관계에서 사업주로서의 실체를 갖추었는지, 지휘명령성의 요소를 가지고 사용자로서의 책임을 누구에게 부담시킬 것인지의 문제에 치중하여 위장도급 내지 불법파견으로 보아 파견법상의 고용의제(의무)규정을 적용하고 있다.”고 하면서, 이러한 태도는 “직접고용 법리를 무리하게 적용하여 근로관계만을 강조하게 되며 이는 산업현장에서 고용·임금경직성에서 오는 직접고용에 한 부담, 인건비 절감 및 핵심 분야에 경쟁력을 집중하기 위해 하도급업체의 기술력을 활용하려는 사내하도급과 같은 외부노동력 활용을 위축시키게 됨으로써 산업경쟁력을 약화시킬 우려가 있다.”고 비판하고, 불법파견의 판단에 있어서 “명확한 법적 근거를 가지고 그 판단의 유형적 모습을 비교적 명확하게 제시하고 위장도급(불법파견)의 문제를 근로자보호법리로 해결해 가려는 우리나라와는 달리 외국의 경우는 사내하도급과 같은 외부노동력 활용의 필요성을 인식하고 이에 탄력적으로 대응해가고자 한다는 점”을 참고할 필요가 있다고 주장한다.

렬적으로 소개하는 방식보다는 각 개별 견해에서 추출된 판단의 경향에 대한 검토를 시도하는 것이 더 의미 있는 결론을 도출할 수 있을 것이다.

2) 불법파견인지 여부의 판단을 ‘도급계약의 전형성을 구비하였는지의 관점’에서 접근하는 것이 타당한 것인지 여부

동 경향은 불법파견을 민법상 전형계약으로서의 도급과의 구분문제로 접근한다. 이러한 입장에서는 파견인지 여부를 판단함에 있어 판단 대상인 법률관계에 존재하는 파견으로서의 요소와 도급으로서의 요소를 모두 확인한 후 파견으로서의 요소가 인정된다고 하더라도 도급에서만 나타날 수 있는 고유한 특성이 발견되는 경우에는 파견관계의 성립이 부정되어야 한다고 주장한다. 기본적으로 도급과 파견이 양립할 수 없다는 것을 전제로 한다. 그러나 이러한 접근방법은 다음과 같은 이유로 타당하다고 보기 어렵다.

첫째, ‘위장도급이 불법파견에 해당 하는가’의 문제는 도급계약 중 노동법적 보호가 필요한 부분을 가려내기 위한 것일 뿐 도급계약 자체의 사법적 효력과는 무관하므로 ‘도급이나 파견이나’의 양자택일의 문제가 아니다. 노동법은 사용자와 근로자의 사법적 법률관계에 존재하는 근본적인 불균형에 주목하여, 이를 시정하기 위해 개입하는 것을 목적으로 하는 것일 뿐 그 사법적 법률관계의 존재 자체를 부정하는 것은 아니기 때문이다. 예컨대, 근로기준법 등 노동관계 법령이 적용되는 근로계약관계는 민법상 전형계약인 고용계약에 해당하지만 해당 법령이 적용된다고 하여 민법상 고용으로서의 효력이 부정되는 것은 아니다. 경제법의 영역에서는 하도급계약의 내용에 개입하는 법령들이 있는데 해당 규정이 적용된다고 하여 하도급계약이 도급계약으로서의 효력을 상실하는 것도 아니다. 즉, 어떤 사회법이 존재하는 경우 사회법의 해석을 통해 사법 계약에 개입할 것인지 여부를 결정해야 하는 것일 뿐, 사법 계약 자체에 대

한 독립적 해석을 통해 사회법의 개입여부를 결정할 수는 없다. 같은 의미에서 도급 중 불법파견인 것과 불법파견이 아닌 것이 있을 뿐이지, 도급에 해당하기 때문에 불법파견이 아니라는 명제는 성립할 수 없다.¹⁸⁸⁾

둘째, 하나의 계약이 여러 가지 계약의 속성을 동시에 겸유하고 있을 때 계약의 구체적 내용을 살펴보고 어느 계약으로서의 특성이 더 강한지를 판단하는 이론은 전형적인 사법(私法)영역에서의 계약해석론으로서¹⁸⁹⁾ 노동법률관계의 해석론으로는 적합하지 않다. 사법관계에 있어서 계약의 목적과 이행방법 등 그 구체적 내용을 따져 민법상 어느 유형의 계약에 해당하는지를 판단하는 문제는 계약 당사자 간의 이해관계를 조정하기 위해 채권법 상의 어느 규정을 적용하는 것이 타당한지를 따지는 문제이다. 반면, 파견인지 여부를 판단하는 문제는 대등 당사자 사이의 계약에 적용 될 채권법상의 임의 규정을 선택하는 것과는 본질을 달리하는 것으로서 ‘노동법적 보호 필요성이 존재 하는가’를 판단하는 문제이다. 이와 같이 양자가 본질적으로 다름에도 당사자 간의 이해관계 조정을 위한 사법관계의 해석론을 노동법률관계의 영역에 적용할 수는 없다.

셋째, 오늘날 존재하는 대부분의 위장도급의 법률관계는 도급으로서의 성질과 파견으로서의 성질을 겸유하고 있기 때문에 도급으로서의 성질과 파견으로서의 성질을 비교하는 방법은 비효율적이고 명확한 판단기준으로서 기능할 수 없다. 불법파견이 실제 문제 되는 사례에서 도급으로서의 속성과 파견으로서의 속성이 어느 한쪽으로 기울어 명확히 나타나는 경우보다 뒤섞여 나타나는 경우가 더 일반적이다. 특히 최근 기업들은 사내협력업체의 활용이 파견으로 인정되는 것을 막기 위한 방법으로 표면적으로나마 도급으로서의 성격을 강화하려고 노력하고 있어 이러한 현

188) 민법 해석상 도급에 해당하지 않으면 민법상 전형계약에 해당하지 않는 무명계약일 뿐 불법파견으로 인정 될 수 있는지는 별개의 문제다. 불법파견인지 여부는 파견법의 해석문제로 그 적용 대상이 도급으로서의 고유한 특성을 가지고 있는지 여부가 핵심적인 요소가 될 수는 없다. 같은 취지의 견해로, 조임영, 근로자파견관계의 판단방식과 기준, 노동법연구 제22호 158면

189) 이러한 사법 해석론의 대표적 사례로 매매나 도급의 구분이 논란이 된 판결로 대법원 1987. 7. 21. 선고 86다카2446 판결

상은 더욱 심화되고 있다. 이 때문에 도급의 속성과 파견의 속성을 비교
형량 하여 파견인지 여부를 판단하는 방법은 오히려 혼란만 야기할 뿐
명확한 기준을 제시하지 못한다. 뿐만 아니라 도급으로서의 성격과 파견
으로서의 성격이 혼재되어 있음에도 둘 중 하나로 일도 양단적 선택을
하는 것은 그 타당성에 대해 언제나 의문을 남기게 된다.¹⁹⁰⁾

넷째, 도급과 파견의 구분으로 접근하는 방식이 극단으로 흐를 경우
위장도급의 판단을 민법상의 도급관련 규정을 어떻게 해석해야 하느냐의
사법 해석의 문제로 치환시키는 오류에 빠지게 된다. 이러한 오류의 가
장 대표적인 사례가 ‘KTX승무원의 업무가 도급이 가능한 업무인가’가
쟁점이 되었던 2015. 2. 26 선고 2011다78316 판결이다. 해당 판결의 원
심에서는 KTX 승무원의 업무는 도급이 불가능하다는 점을 하나의 근거
로 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하였는데, 대법원에서는 도급이
가능한 업무라고 판시하면서 원심을 파기하였다. 그러나 민법상 도급에
해당한다고 하여 불법파견이 될 수 없는 것은 아니라는 점에서 이런 판
단은 그 전제 자체가 잘못 되었다. 이러한 오류에서 비롯된 또 다른 논
란으로는 원청의 하청 근로자에 대한 업무지시가 ‘지휘, 명령’에 해당하
는지 여부를 판단하는데 있어서 도급 상의 ‘도급상 감리권 내지 지시권’
과 근로계약상 사용자로서의 업무상 지휘, 명령을 구분하려는 논리를 들
수 있다.¹⁹¹⁾ 이러한 관점에서는 원청의 업무지시가 민법 해석상 ‘도급상

190) 유사한 입장에서 도급과 파견을 모순된 개념으로 이해하는 한, 40%의 지휘명
령요소가 존재하더라도 보다 우세한 60%의 도급적 요인으로 인해, 노동법적 보
호의 관념으 해석론의 세계에서는 반영되기 어렵다는 비판으로 이칠수, 판례를
통해 본 사내하도급의 법적 쟁점, 노동법 실무연구 제1권, 노동법실무연구회
2011. 11. 1. 784면

191) 이런 입장에서, 진정도급인의 노무지휘, 파견사업주의 노무지휘, 그리고 직접 근
로계약관계에 있는 원청회사의 노무지휘의 방식과 정도에 대한 어렵지만 정치한
분석이 있어야 법원 실무에 대한 실질적으로 의미 있는 비판이 가능할 것이며, 분
석의 핵심은 결국 위장도급인의 노무지휘권과 진정도급인의 노무지휘권을 구분
짓는 기준을 정하는 것이라고 주장하면서, 이를 다르게 표현하면 노무도급에서 있
어 도급인의 정당한 지시권은 과연 어느 정도까지 인정할 수 있느냐가 쟁점이 되
고 그 외연이 넓어질수록 진정도급의 인정범위는 넓어지게 된다는 견해로 전형배,
대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준, 노동법학 제36호 2010. 12. 542면

지시권'에 해당할 수 있는지를 따져 '도급상 지시권'에 해당하면 파견이 인정되기 위한 업무지시에 해당하지 않는다는 논리를 전개한다.¹⁹²⁾ 이러한 논리에서는 파견의 문제가 노동법 상 상당한 지휘감독의 존부를 따지는 노동법 해석의 문제가 도급 계약상 '도급인의 지시권'의 범위를 어떻게 해석해야 하는가의 민법 해석의 문제로 치환된다. 이러한 방식은 노동법률관계의 해석을 그 지도원리를 전혀 달리 하는 사법적 법률관계의 해석론으로 접근한다는 점에서 근본적으로 오류를 안고 있다. 또한, 도급인의 지시권과 사용자의 지시권은 지시권 행사의 목적 자체가 다르기 때문에 이론적으로는 다르게 정의할 수 있을지 모르나, 그 실질적 내용의

192) 이러한 입장에서, “도급과 파견의 구별에 있어서 핵심적인 판단기준으로서 지시권과 관련하여 두 가지 기능을 구분하지 않으면 안 된다. 지시권이 계약의 급부와 급부결정권으로 행사된 것인가, 따라서 급부목적물 내지 급부대상과 관련된 것인가, 즉 지시권이 사물(sachbezogene Anweisung)과 대상(gegenstandbezogene Anweisung)과 관련된 것인가, 그리고 급부 이행을 위한 전문적 지시인가(fachliche Anweisung), 그리고 계약상의 급부과제 수행과 관련된 것인가(aufgabenbezogene Anweisung)에 따라 용역 내지 도급목적의 지시권이 되며, 노동급부를 제공하는 사람과 관련된 것인가(personbezogene Anweisung)에 따라 파견관련 노동법상의 지시권이 되는 것이다. 결과적으로 파견관계 인정을 위한 지시권은 외부 노동력을 제공하는 자에게 외부 노동력을 이용하는 자가 인사권(personalhoheit)을 행사할 수 있는가에 달려 있다고 해야 할 것”이라고 주장하는 견해가 있다. 김영문, 파견과 도급의 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점, 노동법학 제45호 2013. 3. 257면. 이러한 주장은 사람에게 대한 지시권과 사물 내지 급부과제에 대한 지시권을 구분하여 후자의 경우는 민법상의 도급의 지시권 범위에 포섭되기 때문에 파견 인정 표지로서의 업무지시로 인정 될 수 없다는 전제에서 있다. 그러나 급부목적물 내지 급부대상과 관련된 업무지시라고 하더라도 원청이 개별 근로자의 노동력을 직접 활용하는 것과 같은 효과를 가져 오는 수준의 업무지시라면 노동법적 관점에서 업무상의 지휘명령이 존재하는 것으로 파악하면 되는 것이고 민법상 도급계약에서 인정되는 계약상의 지시권의 범위에 해당한다는 이유로 이러한 결론을 뒤집을 아무런 근거가 없다. 민법상의 업무지시권에 해당한다는 이유로 노동법의 적용을 배제하는 논리는 노동법의 강행법적 성질을 간과한 것이다. 도급과 파견을 구분하기 위한 방법으로서 도급인의 지시권과 사용자의 지시권의 구분 논의는 독일 연방 노동법원이 도급상의 지시와 노동법상의 지시를 구별하면서, 이 두 가지 형태의 지시는 택일 관계에 있다고 본 것에 영향을 받은 것으로 보이는데, 이와 같은 연방노동법원의 태도는 하나의 동일한 지시가 도급상의 지시인 동시에 노동법상의 지시도 될 수 있다는 “지시의 이중 기능(Doppelfunktionalität der Weisungen)”을 간과하고 있다는 강한 비판을 받고 있다.(김기선, 근로자 파견과 도급의 판단-독일에서의 논의를 중심으로, 노동법 연구 제31호, 2011. 9. 63면)

측면에서는 중첩될 수 있고 논리적으로 양립 불가능한 것이 아니다. 따라서 도급상 지시권의 행사이기 때문에 사용자로서의 지시권 행사가 아니라고 주장하기 위해서는 해당 지시권의 행사가 민법상 도급인의 지시권에 해당할 수 있다는 것을 논증하는데서 그쳐서는 안 되고, 그것이 고용상 지시권으로 인정될 수 없는 이유를 별도로 제시할 수 있어야 한다.¹⁹³⁾ 그리고 고용상 지시권으로 인정될 수 없는 이유는 민법상 도급상 지시권의 범위에 관한 해석으로는 도출될 수 없고, 노동법상 사용종속관계의 존부 판단의 해석이라는 관점에서 도출될 수밖에 없다.

다만, 위와 같은 문제점에도 불구하고 불법과건의 판단을 ‘과건과 도급의 구분문제’로 접근하는 견해가 무의미한 것은 아니다. 일반적으로 전형적인 도급의 성질로 논의되는 성질들은 ‘일의 완성만을 계약의 목적으로 하고 그 이행과정에는 도급인이 원칙적으로 개입하지 않는 성질’, ‘도급의 대가가 도급 업무의 수행과정에서 소요된 노동력이 아닌 도급을 통해 완성된 일 자체와 연동되어 있는 성질’ 등인데 이러한 성질이 강해질수록 과건관계가 인정되기 위한 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 ‘사용종속성’은 약해지기 때문이다. 따라서 불법과건인지 여부를 판단함에 있어서 일반적인 거래관계에서 나타나는 전형적인 도급이 지닌 성질이 존재하는지 여부는 불법과건의 징표로 사용될 수는 있을 것이다.¹⁹⁴⁾ 다만, 이는 노동법적 관점에서 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 ‘사용종속성’을 판단하기 위한 보조적 도구일 뿐 결코 주된 판단기준은 아니

193) 박제성, KTX승무원 사내하청: 사실과 논리에서 의견과 신념으로-서울고등법원 2012. 10. 5. 선고 2011나78974판결- 월간노동리뷰 한국노동연구원 2013. 2. 90면

194) 김홍영, 양현, KTX 승무업무는 도급이 가능한 업무인가, 성균관법학 제5권 제2호 2013, 296-299면에서는 KTX여승무원에 대하여 묵시적 근로계약관계의 인정과 근로자과건관계를 모두 부정한 서울고등법원 2012.10.5 선고 2011나78974 판결을 비판 하면서 “도급계약으로서 가능한지 여부, 즉 도급목적물로서 고객서비스가 가능한지 여부는 철도공사와 KTX 여승무원 사이의 관계가 위장도급에 해당하는지 여부에 대한 사전적 징표가 될 수 있다.”고 보고, 도급업무인 고객서비스 업무의 성격 상 원청인 철도공사의 업무와 분리가 불가능하고, 독자적 통제권과 자율성이 인정될 수 없으며, 수급인의 독자적 이윤창출이 어렵다는 점을 지적하며 판결을 비판하고 있다. 이와 같은 비판은 도급계약으로서의 전형적 성질이 없다는 점이 과건인정의 근거로 사용될 수 있음을 잘 보여준다.

다. 따라서 민법상 도급계약 혹은 그에 부수하는 성질이 존재한다는 이유만으로 불법과건이 아니라는 논리는 성립할 수 없다. 이러한 논리는 노동법률관계의 해석을 민법해석의 문제로 대체시키는 오류를 안고 있을 뿐 아니라 민법상 전형계약과 과건이 성질 상 양립할 수 없는 것이라는 비논리적 전제를 취한 것으로서 받아들이기 어렵다.

3) 판단요소를 ‘사용종속성’이라는 상위지표에 따라 서열화 하는 것이 타당한 것인지 여부

불법과건을 판단하는 기준이 원청과 하청 근로자 간에 존재하는 ‘사용종속성’에 있다고 보는 이상 ‘사용종속성’을 보다 강하게 표상하는 요소들에 가중치를 두고 불법과건 판단의 기준을 확립하는 것이 논리적이다. 다만 이러한 방식에 대한 비판 중 “위장도급의 판단에서는 도급인과 수급인 사이의 외형상 도급계약의 목적이 무엇인지 판단하는 과정에서 위장도급 해당여부를 보다 빨리 판단할 수 있(으므로) 이를 수급인 소속 근로자와 도급인 사이의 지휘·명령 보다 부차적인 것으로 고려하는 것은 (문제가 있다)¹⁹⁵⁾”는 취지의 주장은 경청할만하다. 업무상 지휘·명령이라는 요소에 지나치게 집착한 나머지 도급인과 수급인 사이의 관계에서 나타나는 위장도급의 징표들을 충분히 고려하지 않고 원청의 하청 근로자들에 대한 책임을 부정하는 것은 부당한 결론이 될 수 있기 때문이다. 이에 대해서는 본 논문에서 제시하는 위장도급의 제1유형인 ‘법인격 부인형’을 인정하면 해결 될 수 있다고 본다. 원청과 하청 사이에 나타나는 위장도급의 징표들은 ‘법인격 부인’이라는 독자적인 위장도급 규제 범리에 의해서 규율할 수 있다고 본다면 위에서 지적된 문제점은 해결 될 수 있다.

195) 최은배, 위장도급의 판단-과건과 도급의 준별, 노동법 연구 제31호, 2011. 9. 37-38면

4) 소결론

종래 견해 중 일부는 파건을 민법상 전형 계약인 ‘도급’과 구별하는 문제로 접근하여 노동법 해석의 문제인 파견 문제를 민법해석의 문제로 만드는 오류를 범하고 있다. 따라서 이런 새로운 판단기준을 모색하는데 있어서는 이러한 오류를 배제해야 할 것이다. 나아가 판단 기준을 수립하는데 있어서는 파견관계의 본질인 ‘사용종속관계’를 중심으로 판단의 기준이 체계화 될 필요가 있다. 상세한 내용은 아래에서 후술하기로 한다.

3. 새로운 판단기준의 모색

가. 개요

불법파견에 파견법이 적용된다는 전제에 선다면, 불법파견인지 여부를 판단하는 것도 파견법의 해석에서부터 시작해야 한다. 파견법 제2조 제1호는 “근로자파견”이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있고, 앞서 ‘1) 의의 및 문제점’에서 언급한 바와 같이 사용사업주의 지휘·명령은 ‘사용종속관계’를 의미한다고 보아야 한다. 나아가 불법파견관계에서의 ‘사용종속관계’는 이면적 관계에서 근로자성의 인정 여부를 문제 삼았던 종래의 전통적인 ‘사용종속관계’의 판단과는 달라야 한다는 점 또한 앞서 언급한 바와 같다. 이하에서는 불법파견이 문제되는 3면 관계에서 ‘사용종속성’이 2면 관계에서는 변형되어 적용되어야 한다는 점을 먼저 밝힌 후, ‘사용종속성’의 판단 문제와 관련하여 종합적 판단의 불가피성 및 그로 인한 문제점과 이를 보완하기 위한 방안을 살펴볼 것이다. 그 이후 이를 바탕으로 불법파견을 판단하기 위한 새로운

기준에 대해 구체적으로 검토해보도록 하겠다.

나. 불법과건이 문제되는 3면 관계에서의 ‘사용종속성’의 특수성

불법과건이 문제 되는 위장도급은 원청, 하청, 하청근로자의 3면적 법률관계를 가진다. 이 때 사용종속성이 존재하는지 여부에 대한 판단의 대상은 원청과 하청 근로자 사이의 관계이다. 그러나 그 사이에 하청이라는 별도의 계약 당사자가 개입되어 있으므로 다음과 같은 특수성이 있다.

첫째, 원청은 하청 근로자에게 직접적인 지휘, 명령을 하지 않더라도 하청에 관련 내용을 하달하는 것을 통해 하청근로자들을 지배하는 것이 가능하다. 따라서 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’를 판단하기 위해서는 원청과 하청 근로자 사이의 관계만을 보아서는 안 되며 원청-하청-하청근로자로 이어지는 삼면적 법률관계를 통합적으로 관찰할 필요가 있다. 즉, “계약과 조직 체계 등을 통해 연결되는 원청과 하청 및 하청근로자 사이의 삼면관계에서 이루어지는 업무 수행과 지휘감독의 모습을 전체적으로 조감¹⁹⁶⁾”해야만 한다.

둘째, 위장도급의 법률관계에서는 하청이라는 별개의 독립된 당사자가 원청과 하청 근로자의 관계를 매개하는 형태이기 때문에 원청의 하청 근로자에 대한 업무지시를 은폐하는 것이 상대적으로 용이하다. 또한 관련된 분쟁사례 및 판례가 축적되면서 외견상 불법과건의 징표가 되는 부분을 표면적으로 제거하거나 은폐하려는 시도가 계속되어 왔다.¹⁹⁷⁾ 이러한

196) ‘강성태, 사내하청에 관한 세가지 판단-Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX, 노동법연구 제40호, 2016. 3. 67면에서는 미국 NLRB의 교섭대표 사건이었던 Browning-Ferris 사건에 대해 평가하면서 “우리 대법원 판결들이 주로 양면적 관계 즉 원청과 하청 근로자들의 관계 또는 하청과 하청근로자의 관계를 특정하여 지휘 감독의 실태 등을 살피는 것에 비해 브라우닝 페리스 결정은 삼면관계를 통합하는 관찰 즉, 계약과 조직 체계 등을 통해 연결되는 원청과 하청 및 하청근로자 사이의 삼면관계에서 이루어지는 업무 수행과 지휘감독의 모습을 전체적으로 조감한다”고 지적하고 있다.

197) “사내협력업체가 고용한 근로자를 이용하는 원사업주에 대해 고용노동부가 불

점을 고려하면, 위장도급의 법률관계에서는 ‘직접적’인 형태의 업무상 지휘·명령이 아닌 ‘간접적’인 형태의 업무상 지휘·명령만 있는 경우라도 사용종속관계의 인정을 폭넓게 인정해줄 필요가 있다.

셋째, 이면적 근로관계에서의 사용종속성 판단의 중요한 기준이 되는 노무공급자의 ‘사업자성’의 요소¹⁹⁸⁾는 위장도급 법률관계에서는 동일한 중요성을 갖기 어렵다. 위장도급의 법률관계에서는 원청에 대하여 사용자로서의 책임을 지을 수 있느냐, 즉 사용자로서의 책임을 형식적 계약 당사자가 아닌 제3자에 대해서 까지 확대할 수 있느냐가 문제 될 뿐 근로자가 근로자인지 개인사업자인지 여부가 문제 되는 것이 아니기 때문이다¹⁹⁹⁾ 따라서 ‘사업자성’의 요소는 위장도급의 법률관계에서는 이면적 근로관계에서만 중요한 비중을 차지하는 요소라고 보기는 어려우며, 원청이 하청을 통해 하청 근로자에 대하여 지배력을 행사하고 있는지 여부를 판단하는데 있어서 간접적인 고려요소가 될 수 있을 뿐이다.

법과건의 실태점검을 하거나 근로자들이 제기한 소송 등을 거치면서, 원사업주들은 이에 관한 학습효과로 인해 외견상 불법과건의 징표에 해당될 수 있는 부분들을 점차 변경시켜 가고 있다. 예컨대, 업무상의 지시와 관련하여 형식적인 현장대리인을 둬으로써 직접 지시가 아니라, 현장대리인(사내협력업체의 반장)을 통한 지시로 외관을 창출한다든지, 도급계약서에 손해배상예정이나 하자담보책임 등의 규정을 형식적으로 만들어 두거나, 각종 문서상 하나의 라인에서 결제와 확인을 받아 오던 것을 결제라인을 구분하여 두는 등의 방법이다. 원사업주에서 근무하다가 퇴직한 자가 사내협력업체를 운영하고, 이들은 2년 내지 3년 단위로 재계약을 하거나 갱신을 한다면, 원사업주와 사내협력업체는 긴밀하게 협조하여 법적 책임을 회피할 사실관계와 자료를 준비할 수 있다. 원사업주의 이러한 외형적인 사실관계의 준비를 통한 적극적인 노무관리와 대응으로 인해, 사내협력업체에 고용된 근로자들이 직접고용 또는 불법과건을 주장하여도, 노동위원회 또는 법원이 종래의 판단표지만을 고집 한다면 이를 인정하기 어렵게 된다.” 박수근, 사내과건고용의 실태와 법적 쟁점, 노동법학 제40호, 2011, 153면

198) 판례가 근로자성 유무를 판단하는데 있어서 고려하는 요소 중 “노무제공자가 스스로 비품, 원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지” 등이 노무공급자의 ‘사업자성’ 요소라고 할 수 있다. (대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736판결 등참조)

199) 위장도급의 법률관계에서 하청 근로자의 ‘근로자성’자체에 대해서는 의문이 있을 수 없고 누구의 근로자인지가 문제 될 뿐이다.

넷째, 3면적 법률관계라는 특수성을 고려하여 하청과 하청 근로자 사이에 사용종속성의 표지가 일부 인정되더라도 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계의 인정을 함부로 부정해서는 안 된다. “파견법의 취지는 근로자에 대한 의무와 책임을 부담하려는 진정성을 가지고 있지 아니한 파견사업주를 퇴출시키고 그 근로자를 실제로 사용하고 있는 사용사업주에게 고용에 대한 책임을 부담시키는데 있는 것이 아니라, 삼면적 근로관계에서 각 당사자들 사이의 권리, 의무관계를 규율하는 것을 목적으로 하고 있는 것”이다.²⁰⁰⁾ 따라서 파견사업주의 지위에 있는 하청의 사용자로서의 지위가 부정되어야만 파견의 실질이 존재한다고 볼 수는 없다. 즉, 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계가 인정되는 이상 파견관계는 성립하는 것이며, 파견관계의 성립을 위해 원청의 사용종속관계가 하청보다 우월하여야 한다거나 하청의 사용종속관계가 반드시 부정되어야만 한다고 볼 수는 없다.²⁰¹⁾

200) 유성재, 사내하도급과 근로자파견의 구별, 중앙법학 제15집 제1호, 2013. 3. 230-231면

201) 이에 대해 반대하는 견해로는, 우리 판례의 “원청기업(사용사업주)의 지휘·명령의 범위와 행사방법에 대한 기준이 명확하지 않다.”고 비판하면서, “파견에서는 ‘오로지’ 사용사업주만이 근로자에 대한 지휘·명령권을 행사하여야 한다. 특히 도급계약상 도급인도 일의 완성을 위하여 필요한 범위에서 지시를 할 수 있으며, 일부 도급인의 작업지시라는 외형을 지니고 있다고 하더라도 원사용자인 수급인의 고유한 지휘·명령이 현존한다면 이를 원청의 지휘·명령이라고 단정할 수 없다. 지휘·명령관계의 본질은 여전히 수급인과 그의 근로자에게 있기 때문이다. 따라서 파견관계가 인정되려면 해당 업무의 수행과 관련하여 수급인과 근로자의 지휘·명령관계가 단절되고 사용사업주(원청기업)와 근로자의 지휘·명령관계만이 주로 그리고 본질적으로 존재하여야 한다.”는 견해가 있다. 박지순, 파견과 도급의 구별기준에 관한 독일과 한국의 판례비교, 노동법포럼 제11호, 2013, 87면). 이러한 견해는 하청의 근로자에 대한 지휘명령이 인정되는 경우에는 원청의 하청 근로자에 대한 지휘명령이 있더라도 파견을 인정하기 위한 지휘명령관계의 존재를 인정해서는 안 된다는 입장을 취하고 있다. 그러나 원청과 하청 근로자 사이의 업무상 지휘명령을 인정하기 위하여 하청과 하청 근로자 사이의 지휘명령관계가 반드시 단절되어야만 할 필요는 없다고 생각한다. 하청이 사용자로서의 표지를 일부 가지고 있다고 하더라도, 원청의 실질적 사용자로서의 지위가 인정되는 이상 원청에 대하여 사용자로서의 책임을 묻지 않을 하등의 이유가 없기 때문이다. 따라서, 하청의 업무상 지휘명령 등 사용자로서의 표지를 가지고 있다는 점은 실질적 파견관계를 부인하기 위한 여러 간접사실 중 하나로 기능할 수 있을 것이나, 그 사실만으로 원청의 업무상 지휘명령을 부정할 수는 없다고 본다.

다. 종합적 판단의 불가피성 및 문제점

‘사용종속성’은 근로자인지 여부를 판단하기 위한 개념요소로서, 근로자의 사용자에 대한 노동력의 제공이 ‘종속적 관계’에 있다는 것을 의미한다. 이를 ‘종속노동’이라 하는데, 그 의미는 “누군가에게 노동력을 팔지 않고서는 살아갈 수 없기 때문에 상대방이 제시한 거래조건이 불리하더라도 이를 받아들여 계약관계를 맺을 수밖에 없고(경제적 종속), 그 노동력을 자신의 신체·인격과 분리하여 제공할 수 없기 때문에 노동력 제공 과정에서 사용자의 지시·감독을 받게 된다(인적 종속)는 것”이다.²⁰²⁾ “이때의 인적 종속성은 단순히 노동을 신체·인격과 분리하여 제공할 수 없어 노동력의 제공 과정에서 사용자의 지배를 용인할 수밖에 없다는 ‘인격적 종속성’을 넘어 사용자의 경영조직에 편입됨으로써, 사용자의 조직 지휘·운영권에 복종하게 될 수밖에 없다는 ‘조직적 종속성’을 포함하는 ‘광의의 인격적 종속성’을 의미”한다.²⁰³⁾ 나아가 개별적 근로관계에 있어서의 노동보호의 핵심은 노동자의 경제력 보다는 인격의 보호에 있으므로 ‘사용종속성’ 판단의 중점은 ‘인격적 종속성’에 두고, ‘경제적 종속성’은 부수적인 요소로서 고려하는 것이 타당할 것이다. 한편, ‘사용종속성’은 노무 제공과정에서 발현되는 속성이므로 ‘사용종속성’이 존재하는지 여부의 판단은 노무 제공의 과정에서 발견되는 객관적 사실들을 평가하는 방법에 의해야 한다. 나아가 ‘사용종속성’을 나타내는 사실들은 개별적인 법률관계의 특수성에 따라 여러 양태로 나타날 수 있고, 기술의 발전이나 산업구조의 변동을 수반하는 사회 발전의 과정에서 그 구체적인 내용이 다양한 방식으로 변주 될 수밖에 없다는 특수성이 있다. 따라서 사전에 ‘사용종속성’을 판단하기 위한 객관적 사실을 일정한 요건사실로서 고정해 두는 것은 불가능하며 개별적인 노무제공 과정에서 추출된 다양한 객관적 사실들을 종합적으로 평가하는 방법에 의해 ‘사용종속성’

202) 임종률, 노동법 제13판, 박영사 2015. 3면

203) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 1권」, 박영사 2010, 8-9면

을 판단할 수밖에 없다. 요컨대, ‘사용종속성’은 i) “근로자의 노동력 제공 과정에서 사용자의 지배의 존재 및 근로자가 사용자의 경영조직에 편입됨으로써 사용자의 조직 지휘·운영권에 복종 하는가”의 개념을 상위에 두고, ii) 해당 개념에 포섭될 수 있는 노무제공과정에서의 객관적 사실들을 개별 법률관계의 특수성을 고려해 추출한 후, iii) 추출된 사실들이 위 개념을 지지하기에 충분한지를 종합적으로 평가하는 방법에 의해 판단되어야 한다. 나아가 이러한 평가는 계약의 형식이나 당사자의 의사에 얽매어서는 안 되며 실질(객관적으로 드러나는 사실)을 기준으로 하여야 한다. 이러한 원칙은 노동법이 계약의 형식이나 당사자의 의사에 관계없이 종속노동이 존재하는 노동법률관계에 일정한 법적 효과를 부여하는 ‘사회적 제도’로서의 성격을 갖는²⁰⁴⁾ 것에서 기인한 것임은 앞서 설명한 바와 같다.

위장도급의 법률관계가 불법과건인지 여부의 판단 또한 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속성’의 유무에 달려 있으므로, 하청 근로자의 노무제공 과정을 둘러싸고 나타나는 다양한 객관적 사실들을 종합적으로 평가하는 방법에 따를 수밖에 없다. 문제는 이러한 종합적 평가 방식은 불법과건으로 평가하기 위해 필요한 객관적 사실이 무엇이나의 문제부터, 그 객관적 사실이 불법과건을 인정하기에 충분한 사실인가의 판단에 이르기까지 모두 기계적 판단이 불가능 한 가치판단의 영역이라는 점이다. 이 때문에 불법과건인지 여부를 판단 기준이 무엇인지 명료하지 않게 되고, 법적 안정성에 대한 우려가 발생한다.²⁰⁵⁾

204) 노동법실무연구회, 앞의 책, 117면

205) 같은 입장에서, “여러 기준을 종합으로 고려하여 근로자건을 단하는 경우 개별 사건에 능동적 대처가 가능하다는 점, 개별 사건의 구체 타당성을 확보할 수 있다는 점, 법원이 제시하는 판단기준은 실무상 ‘체크리스트’의 기능을 하기 때문에 경고적 기능 등이 가능해진다. 반면, 개개의 판단기준이 가지는 의미가 주된 요소인지 부수 요소인지 명확하지 않을 수 있고, 또한 개개의 판단기준이 가지는 의미가 사건에 따라 달라질 수 있기 때문에, 법적 판단의 예측가능성이 낮아질 수 있는 법적 불안정성의 문제를 야기할 수 있다는 점이 비판으로 제기될 수 있다”는 견해로 김기선, 근로자과건의 판단-대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707판결, 월간노동리뷰, 2015. 4. 82면

라. 종합적 판단의 모호성을 해소하기 위한 해결책의 모색

본 글에서는 종합적 판단이 갖는 위와 같은 문제점을 해소하기 위하여 유형론적 고찰을 통한 판단요소의 구체화, ‘사용종속성’을 상위에 둔 판단요소의 차등화, 추정의 법리와 증명책임의 사전분배를 통한 결과의 예측가능성 확보, ‘개별 산업의 특성 고려’라는 4가지 방안을 제시하고자 한다. 이 중 유형론적 고찰을 통한 판단요소의 구체화는 2015년 대법원 판결을 통해 그 일응의 기준이 제시되었다고 볼 수 있으므로 대법원 판결을 통해 확립된 내용을 중심으로 검토한다.

1) 유형론적 고찰을 통한 판단요소의 구체화

비록 불법과견이 인정되기 위한 핵심인 원청과 하청 근로자 간의 ‘사용종속성’을 판단하기 위한 개별적 사실을 특정한 요건사실로서 확정하는 것은 어렵다고 하더라도 위장도급의 법률관계에서 전형적으로 나타나는 원청과 하청 근로자 간의 ‘사용종속성’과 관련된 사실들 중 공통적인 부분을 추출 해 유형화하는 것은 충분히 가능하다. 그리고 그와 같은 유형화를 통해 불법과견이 인정되기 위해 필요한 개별적 사실관계를 어느 정도 추측할 수 있게 되므로 결론에 대한 예측가능성 및 법적안정성을 확보할 수 있게 된다. 이에 대해서는 2015년 2월경 대법원 판결을 통해 일응의 기준이 제시된 바 있으므로 해당 세부 내용에 대한 검토를 중심으로 불법과견의 인정을 위한 개별적 사실들의 유형화²⁰⁶⁾를 시도해보고자 한다.

206) 본 글에서는 유형화를 통해 도출된 공통적 사실을 불법과견 성립을 위한 ‘유형적 사실’이라고 표현하기로 한다.

가) 원청이 하청 근로자에 대해 상당한 지휘·명령을 하는지

판례는 불법과건이 인정되기 위한 유형적 사실로서, 원청의 하청 근로자에 대한 상당한 지휘·명령을 들고 있다. 업무 수행 과정에서의 상당한 지휘·명령은 인적 종속성의 핵심 중 하나인 ‘노동력의 제공 과정에서 사용자의 지배의 존재’를 표상하는 강력한 사실이므로 판례가 이를 불법과건의 판단을 위한 하나의 유형적 사실로 특정한 것은 타당하다. 그러나 상당한 지휘·명령의 구체적 의미가 무엇인지에 대해 깊이 들어가게 되면 여전히 혼란스러운 점이 존재한다. 판례가 사용하는 상당한 지휘·명령이라는 개념은 이면적 근로관계에서 사용종속성을 인정하기 위한 기준으로 과거에 사용해오던 ‘구체적·개별적 지휘감독’을 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다8346판결에 의해 ‘상당한 지휘·감독’으로 변경한 것에 영향을 받은 것으로 보인다.²⁰⁷⁾ 문제는 ‘상당한’이라는 표현이 갖는 모호성인데, 구체적·개별적인 지시나 명령까지는 존재하지 않는다는 의미임은 분명하나, 어느 정도 까지를 ‘상당한’으로 볼 수 있을 것인지에 대해서는 여전히 해석의 영역으로 남아 있다²⁰⁸⁾. 이런 점에서 법적 안정성을 확보한다는 측면에서는 ‘상당한’의 의미를 보다 구체화할 필요성이 있다. 위장도급의 법률관계는 그 구조 상 업무상 지휘·명령이 은폐될 가능성이 높으므로 이면적 근로관계에서의 근로자성 판단의 경우보다 그 인정 기준이 완화되어야 한다는 점은 이미 지적인 바와 같다. 같은 이유로 원청이 직접 하청 근로자에 대해 업무상 지휘·명령을 하지

207) 비록 불법과건에 관한 판단에서는 지휘·명령이라는 표현을, 이면적 근로관계의 근로자성 판단에서는 지휘·감독이라는 표현을 쓰고 있기는 하지만 실질적으로 업무 수행에 대한 지시 및 관리를 의미한다는 점에서 특별한 의미상의 차이를 둔 것으로 보이진 않는다.

208) 그렇다고 하여 구체적, 개별적 지휘·명령으로 판단기준을 변경해야 한다는 것은 아니다. 구체적·개별적인 지시나 명령이 없더라도 근로자의 노동력이 사용자의 처분 하에 있는 이상 종속관계는 인정될 수 있는 바, 상당한 정도의 지휘·명령이 존재하거나 이를 실행할 수 있는 사용자의 권한의 존재만으로도 근로자의 노동력이 사용자의 처분 아래 있다고 평가할 수 있기 때문이다.

않고, 하청을 통해 하더라도 원청의 하청 근로자에 대한 업무상 지휘·명령으로 인정되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 불법파견을 인정하기 위한 업무상 지휘·명령은 개별 근로자에 대한 것이 아니라 ‘하청’을 통해 이루어지는 ‘일반적 업무 관여’²⁰⁹⁾를 포괄하는 것이라고 보아야 한다.²¹⁰⁾

나) 하청근로자가 원청 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지

해당 유형적 사실의 핵심은 “하청 근로자가 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지”여부이고, 하청 근로자가 원청 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 있는 것은 이에 대한 하나의 예시다. 하청 근로자가 원청의 사업에 실질적으로 편입되어 있다면, 원청의 사업에 대한 통제 및 지배의 범위 안에 있게 되므로 원청과 하청 근로자 간의 ‘사용종속성’이 인정 될 가능성이 높아지게 된다.²¹¹⁾ 이런 점을 고려하면 위 사실은 불법파견인지 여부를 판단하기 위한 기준으로서 적절한 유형적 사실이라고 할 것이다. 다만, 어느 경우에 하청 근로자가 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지에 대해서는 여전히 논란의 여지가 있다. 불법파견관계에서 나타나는 개별적 사실들을 유형화하려는 목

209) 작업표준서, 업무매뉴얼 등에 이루어지는 업무 수행 방법의 일반적 제시 등을 예로 들 수 있다.

210) 다만 일반적 업무관여만으로 즉시 실질적 파견관계를 인정 하는 것은 불법파견의 인정 범위를 과도하게 확대할 우려가 있으므로 일반적 업무관여에 의한 파견관계의 인정은 후술하는 다른 판단요소들까지 충족하는 경우에만 인정하는 것이 타당하다고 본다. 이에 대해서는 후술한다.

211) 그 외에도 하청 근로자가 원청의 사업에 실질적으로 편입되어 있기 위해서는 원청이 자신의 사업 수행에 필수, 불가결한 부분을 도급의 대상으로 삼았어야 하는데, 외부 업체의 특별한 전문성이 필요한 업무가 아님에도 사업 수행을 위해 필수 불가결한 부분을 외주화 하는 것은 법적 책임을 회피하려는 의도가 있는 것으로 의심할 수 있는 사유가 된다는 점도 고려할 수 있다.

적은 ‘사용종속성’을 지지할 수 있는 사실을 추출하기 위한 것이므로, ‘사용종속성’, 즉 원청의 하청 근로자에 대한 지배라는 측면에서 ‘원청 사업으로의 편입’의 의미를 구체화해야 할 것이다. 이러한 관점에서 보면, ‘원청 사업으로의 편입’은 하청 근로자들이 수행하는 ‘작업단위’가 원청이 수행하는 전체 사업과의 관계상 원청의 지배 하에 있는 경우를 의미한다고 보아야 한다.(업무 수행상의 편입) 이에 해당하는지를 판단하는데 있어서는 ‘하청 근로자의 작업단위가 원청의 사업과 밀접 불가분한 일체를 이루면서 이에 종속되어 있는 상태인지 여부, 원청의 사업계획의 수립 및 구체적 운영²¹²⁾에 하청근로자들의 노동력 활용 방법(작업배치), 근로시간, 노무제공의 강도, 속도 등이 종속되어 있는 것인지 여부 등을 살펴 보아야 한다.²¹³⁾ 나아가 하청의 근로자들이 속한 조직이 원청의 사업장 조직의 핵심적 일부로 통합되어 있는 경우에는 원청이 하청 근로자에 대한 지배권이 인정 될 가능성이 높아지므로 하청 근로자의 원청으로의 편입이 인정될 수 있다.(조직상의 편입)²¹⁴⁾

212) 제조업에서는 주로 상품의 생산계획을 의미할 것이고, 서비스업에서는 서비스 용역제공을 위한 인력의 운영 및 업무시간의 조정 계획 등을 의미할 것이다.

213) 이 두 가지 사실은 하청 근로자의 노동력에 대한 지배권이 원청에 있음을 함축하는 것이다. 원청 근로자들의 작업단위가 원청의 사업에 업무적으로 밀접불가분하게 종속되어 있다면 원청의 사업에 대한 지배력이 하청 근로자들의 작업단위에 미칠 수밖에 없다. 또한 하청 근로자들이 원청이 수립한 개별적이고 구체적인 사업수행계획에 종속된다면, 하청 근로자들의 업무내용은 물론 근로시간, 속도, 강도 등 근로조건의 핵심적 사항을 원청이 지배하고 있는 것과 다름없다.

214) 독일 연방노동법원의 판례는 ‘과건과 도급의 구별’에 있어서 가장 비중 있는 기준으로서 “사내협력업체의 근로자가 외부 노동력을 이용하고자 하는 원청 기업에 편입되었는가, 그리고 원청 기업의 지시권에 복종 하는가”를 들고 있다. 김영문, 과건과 도급의 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점, 노동법학 제45호 2013. 3. 241면. 따라서 독일 연방재판소가 어떤 사실에 기초해 ‘근로자의 원청 기업으로의 편입’을 인정하는지를 살펴보면 우리나라의 판례가 제시하는 ‘실질적 편입’의 의미를 이해하는데 참고가 될 수 있을 것이다. 독일 연방노동법원이 과건을 인정하기 위해 인정한 간접사실들은 i) 원청 기업 근로자와의 협력 작업, ii) 원청 기업의 사업목적의 (직접) 공동이행, iii) 과거 원청의 직영근로자들이 수행하던 업무의 인수, iv) 원청 기업의 재료와 도구의 사용, v) 작업복과 안전복 준비, vi) 원청 기업 작업과 사내하청 기업 작업의 협력, vii) 원청 기업 사업장 조직으로의 통합 등이다. 김영문, 앞의 논문, 253면. 위 각 요소들 중 i), ii), vi)는 본문에서 언급한 업무수행상의 편입과, vii)는 조직상의 편입과 관련된 사실로 볼 수 있다.

다) 하청업체가 작업에 투입될 근로자의 선발, 교육, 근태관리 등을 독자적으로 행사하는지(인사 노무 관리의 독자성),

위 사실은 ‘사용종속관계’ 판단의 원칙적 대상이 되는 ‘원청과 근로자 사이에 존재’하는 것이 아니라 ‘하청과 하청 근로자 사이에 존재’하는 것이라는 점에서 불법과건의 인정을 위한 유형적 사실로서 적절한 것인지 의문이 있다. 물론 3면적 법률관계라는 위장도급의 특성상 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 ‘사용종속관계’를 판단하기 위해 하청과 하청 근로자의 관계까지 통합적으로 관찰하는 것은 유용한 방법이 될 수 있다. 그러나 하청과 하청 근로자 사이에 존재하는 사실만을 별도로 분리하여 관찰하는 것은 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 ‘사용종속관계’의 존재를 본질로 하는 불법과건의 판단 방법으로서 적합하지 않다. 따라서 위 유형적 사실관계는 주어를 바꾸어 ‘**원청이** 하청 근로자의 선발, 교육, 근태관리 등에 관한 권한을 행사하는지’로 변경하는 것이 타당하다. 다만, 위장도급의 3면적 법률관계에서는 원청의 하청 근로자에 대한 영향력의 행사가 계약구조에서 중간자로서의 지위를 갖고 있는 하청을 통해 이루어지는 경우가 많다는 점에서 하청과 하청 근로자의 관계도 통합적으로 고려할 필요는 여전히 있다. 이러한 점을 반영하여 위 유형적 사실을 보다 구체화 하면 ‘**원청이 직접 또는 하청을 통해** 하청 근로자의 선발, 교육, 근태관리 등을 하거나 이에 상당한 영향을 미치는지’로 표현할 수 있다. 이 때 하청의 인사, 노무 관리상의 독립성의 결여는 원청의 하청 근로자에 대한 인사, 노무 관리권의 행사를 추단하는 간접사실로 고려될 수 있을 것이다. 한편, 근로자의 선발·교육·근태관리 외에 임금 및 복리후생 등과 관련된 근로조건을 사실상 원청이 결정하거나 이에 영향을 미치는 것인지 여부도 해당 유형적 사실에서 함께 고려되어야 한다. 임금 수준의 결정 및 복리후생 등에 관한 사항은 기업 인사노무 관리의 핵심사항일 뿐 아니라, ‘사용종속관계’의 한 요소인 ‘경제적 종속성’을 반영하고 있는 유형적 사실에 해당하기 때문이다. 이 부분 까지 고려

하면 ‘원청이 직접 또는 하청을 통해, 하청 근로자의 선발, 교육, 근태 관리, 임금·복리후생에 관한 사항을 실질적으로 결정하거나, 그 결정에 상당한 영향을 미치는지’ 여부를 불법과건 인정을 위한 하나의 유형적 사실로 정의할 수 있다.

라) 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지 (도급 업무의 한정성, 구별성, 전문성)

위 사실은 원청과 하청 사이에 존재하는 도급계약과 관련된 사실로서, 불법과건이 인정되기 위한 적극적 사실이 아니라 소극적 사실의 형태를 취하고 있다. 달리 표현하면 ‘불법과건을 부정하기 위한 유형적 사실’이다. 판례가 비록 이와 같은 표현방식을 취하고 있지만 이를 뒤집어 표현하면 위장도급을 인정하기 위한 유형적 사실로도 충분히 사용 가능하다. 위 사실을 위장도급을 인정하기 위한 유형적 사실로 활용한다면, ‘계약 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되어 있지 않고, 당해 근로자(하청 근로자)가 맡은 업무가 원청 소속 근로자의 업무와 구분되지 않으며, 하청 근로자의 업무가 단순, 반복 업무로서 전문성·기술성이 없는 경우’로 표현할 수 있을 것이다.

한편, 위 유형적 사실은 도급업무의 ‘한정성’, ‘구별성’, ‘전문성’이라는 세가지 개념요소로 구성되어 있는데 해당 내용의 구체적 의미는 다음과 같다. 먼저 첫번째 요소는 원청과 하청 간의 도급계약 목적의 ‘한정성’이다. 도급계약은 ‘일의 완성을 목적으로 하는 계약’으로서 ‘완성되어야 할 일’ 즉 일의 목적이 사전에 특정되어 있는 것이 특징이다. 반면 노무의 수령을 목적으로 하는 근로계약은 수령해야 할 노무의 내용이 사전에 특정되어 있지 않고, 사용자의 지휘, 명령에 의하여 그 구체적 내용이 형성된다는 특성이 있다. 이런 점에 주목하여 원청과 하청 간 도급계약의 목

적이 ‘한정성’을 갖지 못하는 경우 원청과 하청 사이에 존재하는 도급계약의 성질이 실질적으로는 노무공급계약에 불과하다는 사실²¹⁵⁾이 추단될 수 있다. 두 번째 요소는 하청 근로자의 업무와 원청 근로자의 업무의 ‘구별성’이다. 도급계약은 ‘일의 완성’을 목적으로 하고 ‘일의 완성’은 수급인의 책임 하에 완수되어야 하는 것이 원칙이므로, 원청과 하청 간에 정상적인 도급계약이 존재한다면 원청 근로자와 하청 근로자가 동일한 업무를 수행하는 업무 혼재가 발생하지 않는다. 또한 원청 근로자와 하청 근로자가 동일한 업무를 수행한다면 그 업무를 지배·관리하는 자가 하청이 아닌 원청일 가능성이 높기 때문에 원청의 하청 근로자에 대한 지배력이 간접적으로 추단된다. 이런 점에서 도급 업무의 ‘구별성’은 원청과 하청 간의 도급계약의 진정성을 탄핵하는 동시에 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 ‘사용종속성’을 추단하는 간접사실로 기능할 수 있다. 마지막 요소는 ‘전문성·기술성’이다. 도급 업무의 내용이 단순, 반복 작업에 불과한 경우 실질적으로는 노동력만을 공급받는 계약일 가능성이 높기 때문에 원청과 하청 사이에 존재하는 도급계약이 실질적으로는 노무공급계약에 불과하다는 사실이 추단될 수 있다. 그러나 위 각 유형적 사실들은 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 사실이 아니라, 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계를 추단할 수 있는 간접적 요소에 불과하다는 점에서 한계가 존재하며 앞서 살펴본 유형적 사실과 동등한 정도의 비중을 인정하기는 어려울 것이다.

마) 하청업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지

215) 여기서의 노무 공급계약은 타인에게 사용하게 할 목적으로 노동력을 공급하는 계약을 의미하고, 이런 의미에서 원청과 하청 간의 도급계약이 노무동급계약에 불과하다는 사실로부터 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’도 동시에 추단된다.

위 유형적 사실은 하청이 계약당사자로서의 적격성을 가지고 있는지 여부에 관한 것이다. 독립적 기업조직이나 설비를 갖추지 못한 경우 도급계약의 당사자로서 적격성이 없으므로 원청과 하청 사이에 존재하는 도급계약의 진실성을 탄핵할 수 있게 된다. 또한 원청과 하청 근로자 사이를 매개하고 있는 중간자인 하청의 실체가 약화 될 경우 원청과 하청 근로자 사이의 관계는 강화될 수 있다는 점에서 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’를 추단할 수 있는 간접 사실로서 기능하는 면도 있다. 그러나 해당 유형적 사실 또한 앞의 ④ 유형적 사실관계와 마찬가지로 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 사실이 아니라, 원청과 하청 근로자 사이의 사용종속관계를 추단할 수 있는 간접적 요소에 불과하다는 점에서 한계가 존재하며 앞서 살펴본 ①-③의 유형적 사실과 동등한 정도의 비중을 인정하기는 어렵다.

2) 판단요소(유형적 사실)의 차등화

여러 가지 사실들을 종합적으로 평가하여 법적인 판단을 내리는 방식을 취하면서도 판단의 기준을 보다 명료하게 하고, 법적 예측 가능성을 확보하기 위해서는 앞서 검토한 ‘사실의 유형화’ 외에 ‘차등화’도 필요하다. 불법과건의 판단 기준이 되는 ‘유형적 사실’의 가치를 서열화할 수 있어야 특정한 유형적 사실만이 인정되고 다른 유형적 사실은 부인되는 경우 어떠한 결론은 내릴 것인지에 대한 보다 분명한 기준을 제시할 수 있고, 판단의 순서와 흐름을 구조화할 수 있기 때문이다. 불법과건이 인정되기 위한 핵심 개념은 원청과 하청 근로자 간의 ‘사용종속관계’이므로 불법과건을 표상하는 유형적 사실들의 가치도 ‘사용종속관계’와의 밀접성의 강도에 의해 결정 될 수 있다. 이에 따라 위에서 검토한 각 유형적 사실들을 차등화 하면 아래와 같이 정리할 수 있을 것이다.

첫째, 원청이 하청 근로자에 대해 상당한 지휘 · 명령을 하는지 여부

는 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 사실이고, 업무상의 지휘·명령의 존재는 하청 근로자가 업무수행의 과정에서 원청에 종속되어 있다는 것을 의미하는 것이므로 가장 중요한 제1의 판단요소가 된다.

둘째, ‘하청근로자가 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지’는 제1의 판단요소를 보완하여 원청과 하청 근로자 간의 사용종속 관계를 인정할 수 있게 만드는 제2의 판단요소가 된다. 위장도급의 법률관계에서는 원청의 하청 근로자에 대한 직접적인 업무상의 지휘·명령이 은폐되기 쉽다는 점을 고려하면 제2의 판단요소는 특별한 의미가 있다. 만일 원청의 하청 근로자에 대한 직접적이고 구체적인 업무상 지휘명령이 인정된다면 제1의 판단요소만으로도 파견을 인정하기에 충분할 것이다. 그러나, 하청을 매개하여 업무상 지휘·명령이 이루어지는 위장도급의 특수성을 고려하면 간접적이고 일반적인 형태의 업무상 지휘·명령관계만이 인정될 가능성이 높다. 이 때 활용할 수 있는 것이 제2의 판단요소인 ‘하청 근로자의 원청 사업으로의 편입’이다. 앞서 살펴본 바와 같이 ‘하청 근로자의 원청사업으로의 편입’은 ‘하청 근로자의 작업단위가 원청의 사업과 밀접 불가분한 일체를 이루면서 이에 종속되어 있는 상태이고, 원청의 사업계획의 수립 및 구체적 운영에 하청근로자들의 업무내용, 근로시간, 노무제공의 강도, 속도 등이 종속되어 있는 경우를 의미하는데 이 경우에는 **직접적이고 구체적인** 지휘·명령 관계가 존재하지 않고, **간접적이고 일반적인** 지휘·명령 관계만 인정 되더라도 원청이 하청 근로자의 노동을 지배하고 있는 이상 ‘사용종속관계’를 인정할 수 있다.²¹⁶⁾

216) 같은 취지에서 “위장도급이 도급인의 책임회피...등의 목적으로 행해지는 경우에는 당사자간의 합의에 의하여 외형적으로 수급인이 자신의 근로자에 대하여 지휘·명령권을 행사하게 되므로 위장도급의 준별기준에 부합하는 사실을 찾아내기가 사실상 불가능할 수 있(고) 그런 경우에 대비해 수급인의 근로자의 도급인의 경영조직 또는 사업조직으로의 편입으로 인한 포괄적이고 간접적인 지휘·명령권의 행사의 세부기준을 상당부분 충족하면, 도급인이 구체적이고 직접적으로 지휘·명령권을 행사하지 않았더라도, 도급인은 수급인에 대하여 사용자로서 지휘·명령권의 행사하였다고 볼 수 있다”는 주장으로 오윤식, 위장도급의 준별과 그 법적효과, 민주법학 제37호, 2008. 9. 266면

셋째, ‘원청이 직접 또는 하청을 통해, 하청 근로자의 선발, 교육, 근태 관리, 임금·복리후생에 관한 사항을 실질적으로 결정하거나, 그 결정에 상당한 영향을 미치는지’ 여부는 하청 근로자의 노동력에 대한 원청의 관리행위를 표상하는 사실로서 불법과건 인정을 위한 중요한 유형적 사실이다. 따라서 제2의 판단요소가 제1의 판단요소를 보충하여 원청과 하청 근로자 간의 ‘사용종속관계’를 성립시키기 어려운 경우 이를 보완하여 불법과건을 인정하는 기능을 하는 제3의 판단요소가 될 수 있다.²¹⁷⁾

넷째, 도급 업무의 한정성·구별성·전문성, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 여부는 원청과 하청 근로자 사이에 존재하는 사실이 아닌 점, 원청의 하청 근로자에 대한 지배를 추단할 수 있는 직접적인 요소가 아니라 간접적, 부수적 사실에 불과하다는 점에서 하나로 묶어 제4의 판단요소로 정리할 수 있다. 제4의 판단요소는 불법과건 판단에 있어서 중심적인 요소가 될 수는 없고²¹⁸⁾ 제1-3의 판단요소의 결합만으로 불법과건을 인정하기에 부족한 경우에 이를 보완하여 불법과건의 인정을 가능하게 만드는 보조적 역할을 수행할 수 있을 뿐이다. 이를 뒤집어 표현하면 제1-3의 판단요소가 결합되어 불법과건이 인정되는 경우에는 제4의 판단요소인 ‘하청의 조직상, 경영상의 독립성’이나 ‘도급업무의 한정성, 구별성, 전문성’ 등이 인정되더라도 불법과건을 부정할 수 없다.

3) 근로자 측 증명책임의 완화

위장도급의 법률관계에서 불법과건을 인정하기 위한 유형적 사실과 관

217) 이상의 논의를 종합하면, 제1의 판단요소와 제2의 판단요소가 결합하여 불법과건이 인정되는 경우, 제1의 판단요소와 제3의 판단요소가 결합하여 불법과건이 인정되는 경우, 제1-3의 판단요소가 결합하여 불법과건이 인정되는 경우 등이 있을 수 있다.

218) 같은 취지에서 도급계약으로서의 유형적 특질의 결여는 도급인의 지휘·명령권 행사보다 상위에 있는 기준은 아니라는 견해로 “오윤식, 앞의 논문, 266면

련된 증거자료들은 피고(원청) 측에 편재되어 있는 경우가 많다. 원청의 하청 근로자에 대한 업무지시나, 원청의 생산시스템 및 구체적 생산계획, 하청에 대한 관리 행위 등은 모두 원청 측이 지배·관리 하는 영역에서 일어나는 일이기 때문이다. 실무상 하청업체에 초기업단위노조의 지회가 조직된 이후 수년간의 조직적 증거수집활동이 있는 다음에야 기획소송의 형태로 불법과건에 대한 문제제기가 이루어지는 현실은 이와 무관치 않다. 이런 점에서 불법과건의 판단 기준을 증명책임의 분배라는 관점에서 살펴볼 필요성이 있다.

우선, 불법과건이 쟁점이 되는 분쟁에서는 원고의 증거개시신청을 폭넓게 인정할 필요가 있다. 현행 민사소송법 하에서 하청 근로자가 활용할 수 있는 증거개시신청제도는 사실상 민사소송법 제334조의 내지 제351조의 문서제출 명령정도로 한정된다. 문서제출명령이 인정되려면 최소한 피고가 해당 문서를 보유하고 있다는 사실 정도는 인정되어야 하는데 사업상 필요에 의하여 상식적으로 원청 또는 하청에 보유하고 있을 것으로 판단되는 문서에 대해서는 법원이 그 존재사실을 폭넓게 인정할 필요가 있다. 또한 문서제출명령에 필요한 문서의 ‘특정’에 대해서도 그 기준을 대폭 완화하여줄 필요가 있을 것이다. 원청과 하청이 보유하고 있는 내부문서에 대하여 하청 근로자가 그 명칭과 내용을 정확히 특정하여 문서제출명령을 신청하는 것은 사실상 불가능하기 때문이다.²¹⁹⁾

나아가 증거의 편재 현상을 시정하고 불법과건 판단의 예측가능성을 확보하기 위해 근로자 측 증명책임의 완화를 생각해볼 수 있다. 불법과건의 판단과 같이 관련된 다양한 간접사실들을 종합적으로 평가해 그 성립여부를 판단하는 방식에서는 ‘일응의 추정과 간접반증의 법리’가 유용한 증명책임 완화 방안으로 활용될 수 있다. ‘일응의 추정과 간접반증의 법리’는 “고도의 개연성 있는 경험칙을 이용하여 일정한 간접사실로부터

219) 원고로서는 민사소송법 제346조의 문서목록 제출명령을 구하는 방법을 활용할 수도 있을 것이나 문서목록의 제출이 적절히 이루어질 수 있을 것인지는 전적으로 피고(또는 문서제출명령의 상대방)의 협조에 달려 있기 때문에 한계가 있다.

주요사실을 추정하는 ‘일응의 추정’²²⁰⁾과 “주요사실에 대하여 일응의 추정이 생긴 경우에, 그 추정의 전제사실과 양립되는 별개의 간접사실을 증명하여 일응의 추정을 방해하는 ‘간접반증’²²¹⁾을 활용한 원고의 증명책임의 완화 방안을 의미한다. 이러한 간접반증이론은 법률요건 분류설에 입각한 것으로, 증명이 곤란한 주요사실의 증명을 위하여 관련 간접사실에 대한 증명의 부담을 양 당사자에게 분담시켜 증명책임제도의 공평한 운영을 기하려는 것이다.”²²²⁾ 불법파견의 판단에 있어서 원고인 근로자(이하 ‘하청 근로자’라 함)가 입증하여야 할 사실은 피고(이하 ‘원청’이라 함)와의 사이에 존재하는 ‘사용종속관계’이고, 본 글의 논지에 따를 경우, 하청 근로자가 이를 입증하기 위해서는 위에서 검토한 ‘유형적 사실’들 중 아래와 같은 각 사실들 중 하나를 입증해야 한다.

① 원청이 하청 근로자들이 대한 **직접적** 지휘·명령을 통해 업무를 수행한 사실

② 원청이 하청 근로자들에 대한 **간접적** 지휘·명령을 통해 업무를 수행하였고, 원청 근로자가 하청의 사업에 편입된 사실(하청 근로자의 작업단위가 원청의 사업과 밀접 불가분한 일체를 이루면서 이에 종속된 사실 + 원청의 사업계획의 수립 및 구체적 운영에 하청근로자들의 노동력 활용 방법(작업배치), 근로시간, 노무제공의 강도, 속도 등이 종속된 사실)

③ 원청이 하청 근로자들에 대한 **간접적** 지휘·명령을 통해 업무를 수행하였고, 원청이 직접 또는 하청을 통해, 하청 근로자의 선발, 교육, 근태관리, 임금·복리후생에 관한 사항을 실질적으로 결정하거나, 그 결정에 상당한 영향을 미친 사실

위장도급의 법률관계에서 ①의 사실을 직접 입증할 수 있는 경우는 사실상 존재하지 않으므로, 결국 하청 근로자의 입장에서는 ②, ③의 사실

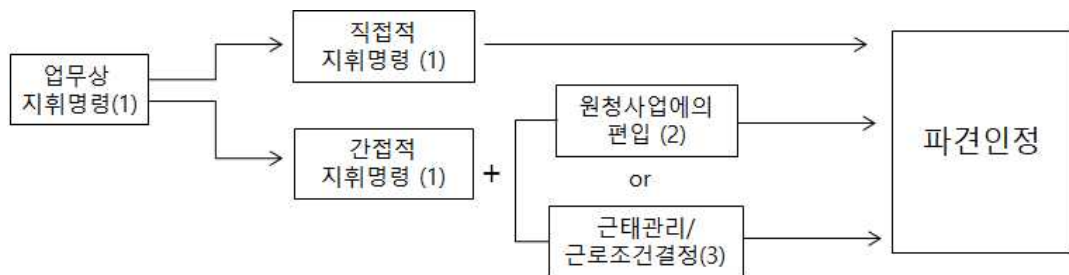
220) 이시윤, 민사소송법 제3판, 박영사 2007, 436면

221) 이시윤, 앞의 책, 488면

222) 이시윤, 앞의 책, 489면

중 어느 하나의 사실을 입증하는 방법에 의하여 ‘사용종속관계’를 입증하여야 한다. 그러나, 위 사실들은 원청과 하청 간의 합의나 서류의 조작 등을 통해 교묘하게 숨겨질 가능성이 높다는 점에서 위 사실들을 완벽하게 입증하지 못했다는 이유만으로 하청 근로자들의 청구를 기각하는 것은 공평한 결론이라고 보기 어렵다. 따라서, 위 ②-③의 사실들 중 업무상 지휘·명령에 관한 사실을 입증하지 못하더라도 나머지 사실을 입증하면 경험칙 상 ‘사용종속관계’가 인정되는 고도의 개연성이 있다고 보아 ‘사용종속관계’의 존재를 추정하는 것이 타당하다. 다만, 원청의 입장에서는 이와 양립할 수 있는 별개의 사실인 “계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는 사실(도급 업무의 한정성, 구별성, 전문성)” 및 “하청업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는 사실”을 본증으로 입증하여 이러한 추정을 복멸시킬 수 있을 것이다. 이와 같은 증명책임의 분배와 관련된 내용을 판단요소의 서열화와 함께 도식적으로 표현하면다음 그림과 같다.

[그림2. 판단요소의 서열화와 증명책임의 배분 도식]



※ (4)요소인 도급 업무의 한정성·구별성·전문성, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 여부는 부수적 요소로 고려, 위 (1)~(3) 요소의 결합으로 파견관계 인정되는 경우 (4)요소에 의해 파견관계를 뒤집을 수 없음

※ (1)의 요소 없이 (2) 또는 (3)의 요소만 인정 되는 경우 파견관계를 추정하고, 사용자가 (4)요소를 입증하여 추정을 복멸시키는 방식의 입증책임 분배 고려 가능

4) 개별 사업의 특수성 고려

불법과건의 유형적 사실들은 구체적·개별적 사실이 아닌 불법과건의 법률관계에서 공통적으로 나타는 사실 중 공통적인 부분들을 추상하여 정립한 것이다. 따라서 실제 분쟁에서는 유형적 사실 자체가 아니라, 해당 유형적 사실을 인정하기 위한 구체적·개별적 사실에 대한 사실인정이 다투어진다. 그리고 이러한 구체적·개별적 사실은 구체적인 노무제공의 과정에서 추출되는 것이므로 해당 노무 제공이 이루어지는 업종의 특수성에 큰 영향을 받는다. 이하에서는 이러한 점을 고려해 각 산업별로 불법과건의 판단에 있어서 중점적으로 고려해야 할 부분에 대해 확인해볼 것이다.

가) 제조업

생산라인을 구비하고 있는 제조업체의 생산공장에서는 제품 생산을 위한 각 공정 별로 작업표준서, 작업사양서, 부품조건표, 중점관리표 등 작업순서와 작업방법, 유의해야할 사항, 해당 공정에서 조립해야할 부품의 사양 및 형상 등을 게시되어 있는 것이 일반적이다²²³⁾. 해당 내용을 원청이 직접 작성하였다면 원청의 업무상 지휘·명령이 인정될 수 있으므로 결국 핵심 쟁점은 해당 서류의 작성 주체가 누구인지 여부가 된다. 해당 서류의 작성 주체가 누구인지를 확인하기 위해서는 해당 서류의 제정 경위 뿐 아니라 개정과정에서의 원청의 관여 정도를 세밀하게 살펴볼 필요가 있다.

또한 일반적으로 제품을 생산하는 공장에는 QC(Quality Control) 담당자가 존재한다. QC 담당자는 생산공정의 주요 포스트나 마지막 단계에서 완제품 검사를 하는 인원과 주기적으로 생산라인 전체를 돌며 샘플

223) 자동화된 공장에서는 모니터를 통해 보여주기도 한다.

링 검사를 하는 패트롤 인원으로 나뉜다. 일반적으로 규모가 큰 기업일 수록 품질관리의 중요성이 크기 때문에 하청에 대한 QC담당을 원청 관리자로 지정하는 경우가 많은데, 이 때 QC담당자의 품질관리 행위와 하청 근로자들의 작업 사이의 관계를 잘 관찰하면 업무상 지휘·명령의 관계가 발견되는 경우가 많다.

한편, 원청이 직서열 생산방식²²⁴⁾에 따라 제품을 생산하는 경우에는 원청이 하청근로자들의 작업량과 작업순서의 결정하는 것으로 인정 될 가능성이 높다. 특히 이러한 생산 방식은 생산관리 시스템인 MES²²⁵⁾에 의해 완제품 제조업체에서 하청업체에 이르기까지 통합하여 관리되는데, MES시스템에서 관리되는 발주물량과 순서는 개별 공장의 세부공정 주요 포스트에 모니터로 표시되기 때문에 해당 세부공정에 협력업체 근로자가 배치되어 있는 경우 원청에 의해 작업수량과 작업순서를 지정한 것이라고 인정될 가능성이 높아지게 된다.²²⁶⁾ 또한 직서열방식의 생산방식을 취하는 제조업체의 경우에는 생산계획이 거의 실시간으로 협력업체에 연동되기 때문에 원청의 생산계획에 따라 협력업체 근로자들의 근로시간, 휴게시간, 교대제 운영여부 등이 사실상 결정되는 경우가 많다. 따라서 원청 공장의 생산시스템이 어떤 방식으로 되어 있는지를 잘 관찰할 필요가 있으며 원청 공장의 생산시스템에 하청 근로자가 종속되어 있는 사실이 밝혀진다면 불법파견이 인정 될 가능성도 그만큼 높아질 것이다.

224) 최종 소비자의 주문 순서와 수량을 기준으로 생산 수량과 순서를 정해 제품을 생산하는 방식. 직서열 방식에 따르면 제품을 생산하기 위한 협력업체의 부품 생산도 결국 위 생산수량과 순서를 기준으로 이루어지게 된다. 예컨대, A, B라는 고객이 x엔진이 들어가는 X라는 자동차를 순서대로 각 1대씩 주문하고 이어서 B라는 고객이 y엔진이 들어가는 Y라는 자동차를 주문하면 완성차 업체에서는 엔진을 생산하는 협력업체에 x엔진 두 개와 y엔진 하나를 순서대로 생산하라고 발주하는 방식이다. 직서열 생산 방식을 실현하기 위해서는 조립라인에서 필요로 하는 부품을 적시에 순서에 맞게 공급해야 한다.(이러한 생산 관리 시스템에 관한 상세한 설명은 이영두 외 3인, 스마트 파렛트 기반 직서열 부품공급 시스템, 전자공학회 논문지 제47권 SC편 제1호, 2010. 1. 35-41면 참조)

225) Manufacturing Execution System

226) 이러한 직서열 생산방식은 재고를 남기지 않는다는 장점이 있는데 현대자동차는 직서열생산방식을 활용하는 대표적 업체다. 이런 점도 불법파견과 관련된 가장 중요한 판결들이 현대자동차에서 나온 간접적인 사유 중 하나라고 생각된다.

나) 서비스업

서비스업의 경우 별도의 생산수단을 필요로 하지 않는 경우가 많고 원료에 노동력을 투입해 일정한 재화를 결과물로 산출해내는 것이 아니라 노동력의 투입 과정 자체가 결과물이라는 특수성이 있다. 이러한 특수성으로 인해 서비스 업종에 대한 도급은 노동력의 활용 그 자체를 목적으로 할 개연성이 높다는 점에서 불법과건을 상대적으로 폭넓게 인정해야 한다고 생각한다.²²⁷⁾ 서비스업은 일정한 유형적 결과물을 도출하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라 업무 수행 과정 자체가 곧 업무의 결과물이므로 업무의 수행방법이 원청에 의해 결정 될 가능성이 매우 높다. 또한 생산수단이나 원부자재 없이 ‘노동력’ 그 자체를 활용하는 것을 목적으로 한다는 점에서는 도급비 산정의 기초가 근로자들의 근로조건에 연동되어 있을 가능성이 높고 도급비 산정의 주체가 원청이라는 점이 인정 되면 하청 근로자들의 근로조건을 사실상 원청이 결정한 것으로 평가할 여지도 있을 것이다.

다) 건설업

건설업종의 대표적 산업적 특성으로는 ‘중층적 도급관계’를 들 수 있다. 건설업에서는 공사의 발주자, 시공사인 종합건설업자, 시공사로부터 각각의 전문공사를 하도급 받는 각종 전문건설업자 등²²⁸⁾ 여러 단계로 내려오는 도급관계가 중층적으로 형성된다. 이러한 중층 도급의 과정에서 실질적인 도급이 아닌 위장도급의 성질을 지니는 도급계약관계가 출현할

227) 이런 점에서 우리 판례가 제조업과 달리 서비스업에서의 과건인정에 지나치게 소극적인 태도를 보이는 것은 이해하기 어렵다.

228) 그 이하로 내려오는 하도급 관계는 건설산업기본법 제29조 제3항의 재하도급 금지규정의 제약을 받게 된다. 그럼에도 불구하고 실제 건설현장에서는 그 이하까지 내려오는 경우도 존재하는 것이 현실이다.

가능성은 상당히 높다. 건설업종의 또 다른 사업적 특성은, 일정한 기간을 정해 공사가 진행된다는 특수성 때문에 노동자들의 상시 고용이 어렵다는 점이다. 이런 이유로 건설업체들은 건설 노동자들을 상시 고용하는 것이 아니라 일정한 인력 풀을 운용하면서 건설공사가 발생할 때마다 근로자들을 공급 받는 방식을 취한다. 그리고 이러한 근로자 공급에는 건설업체와 건설노동자를 매개하는 속칭 ‘오야지’나 실체를 갖추고 있다고 보기 어려운 영세한 사업체들이 존재한다. 이 때 ‘오야지’나 영세업체가 단지 근로자만을 공급하고 일정한 수수료를 지급 받는 경우가 있을 수 있고,²²⁹⁾ ‘오야지’나 영세업체가 근로자를 고용 한 후 건설업체와는 도급계약을 체결하는 경우가 있을 수 있다. 전자의 경우에는 직업안정법 상의 직업소개사업의 규율을 받게 될 것이고, 후자의 경우에는 불법파견이 문제 될 수 있다. 후자의 경우 실질적인 공사업무의 관리를 건설업체가 직접 하는 경우가 많으므로 근로자가 문제 삼는다면 불법파견이 인정될 가능성이 높을 것이다. 이 때 고려해야 할 사실로는 시공사가 결정한 공기(工期)의 범위 내에서 구체적인 공정 스케줄을 기획한 주체가 누구인지 여부다. 만일 이를 원청이 직접 결정하였다면 파견으로 인정될 가능성이 높을 것이다. 나아가 원청과 하청 사이에 공사의 수행 방법과 수정에 관한 협의가 이루어진 바가 있는지도 중요한 고려사실이 된다. 건설공사의 도급 관계에서는 원청과 하청이 공기의 조정이나 구체적인 공사수행 방법에 대하여 지속적 협의를 해나가는 경우가 많은 바, 이러한 관계가 원청과 ‘원청의 도급인’ 사이에서만 나타나고, 원청과 하청 사이에서는 나타나지 않는다면, 하청은 단순한 노무공급자에 불과한 것으로 평가되어 불법파견이 인정될 가능성이 높다.

229) 이 경우 근로계약은 건설업체와 근로자가 직접 체결하게 된다.

4. 소결론

이상과 같이 ‘사용종속성’의 개념을 최상위에 두고 관련 사실들을 유형화, 차별화 하는 것을 통해 불법과건의 판단기준을 나름대로 정립하여 보았다. 불법과건의 판단기준에 대하여는 다양한 의견이 있을 수 있지만 불법과건이 근본적으로 ‘노동법률관계’의 해석론이라는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 종래의 견해나 판례는 불법과건과 도급을 구분하는 것에 지나치게 집중한 나머지, 불법과건의 인정과 관련된 해석론을 민법상 전형계약으로서의 도급을 어떻게 해석할 것인지의 사법(私法)해석과 혼동한 측면이 있다. 이러한 태도는 필히 지양되어야 할 것이다.

한편, 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’가 인정되지 않아 과건법의 적용을 받을 수 없게 되는 경우에도 하청 근로자의 보호필요성이 없어지는 것은 아니다. ‘사용종속관계’가 인정되지 않더라도 원청은 하청 근로자가 제공한 노동력을 통해 이윤을 창출하는 지위에 있는 자로서 일정한 책임을 부담해야 할 필요가 있기 때문이다. 다만, 이러한 책임을 무한히 확대하게 되면 사업 수행의 과정에서 업무의 외주화를 통해 경영상 효율성을 달성하고자 하는 원청의 영업의 자유를 지나치게 제약하게 되고 민법이 인정하고 있는 ‘도급계약’이라는 전형계약을 사실상 부정하게 되는 결론에 이를 수 있다. 따라서 불법과건이 인정되지 않는 경우 어떤 기준 하에 어느 정도 수준의 책임을 원청에 부담시킬 것인지에 대한 검토가 필요하다. 이 때 원청이 부담할 수 있는 책임은 크게 금전적 책임과 금전 외적 책임으로 나누어 볼 수 있다. 전자의 경우 주로 임금채불과 관련된 책임이 문제 될 것이고, 후자의 예로는 단체교섭의무 등 집단법상의 책임과 산업안전 상의 책임을 들 수 있을 것이다. 이에 대해서는 별도의 목차로 상술하기로 한다.

Ⅲ. 연대책임형 : 금전 채무 불이행에 대한 연대책임

하청이 근로자에 대한 임금을 체불하였거나 기타 채무불이행으로 손해배상책임을 부담하는 경우²³⁰⁾ 하청이 이를 변제할 능력이 없는 경우 원청이 연대하여 책임을 부담하도록 하는 것이 근로자 보호에 충실할 것이다. 다만, 원청은 하청 근로자와 직접적인 계약관계가 존재하지 않고 하청과 도급계약을 체결하고 있을 뿐이므로 원청에게 이러한 연대책임을 인정할 근거와 기준이 무엇인지 문제된다. 이를 검토하기 위해서는 현재 우리나라의 노동관계 법령상 임금지급과 관련된 연대책임을 인정한 사례들을 참고해볼 필요가 있다. 근로계약관계의 사용자가 아닌 자에게 까지 임금지급에 대한 연대 책임을 지우고 있는 노동관계 법령으로는 아래와 같은 것이 있다.

- “① 근로기준법 제44조(도급사업에 대한 임금지급) : 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우²³¹⁾에 하수급인이 직상수급인의 귀책사유²³²⁾로 근로자에게 임금을 지급하지 못하면 직상수급인이 하수급인과 연대하여 책임을 진다.
- ② 근로기준법 제44조의2(건설업에서의 임금지급 연대책임) : 건설업에서 사업이 2차례 이상 도급이 이루어진 경우에 건설업자가 아닌 하수급인이 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 직상수급인이 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 이 경우 직상수급인의 귀

230) 대표적인 경우가 산업재해 발생 시 안전관리의무의 소홀 또는 보호의무 위반으로 인한 손해배상 책임이 인정되는 경우를 들 수 있다.

231) 규정상 중층적 도급관계에서 수급인 이하로 형성되는 도급관계에서만 적용되는 것으로 이해 될 여지가 있으나, 판례는 도급인과 수급인만 존재하는 경우에도 해당 규정을 적용하고 있다. (대법원 1999. 2. 5. 선고 97다43888 판결)

232) 귀책사유에 대해서는 근로기준법 시행령 제24조가 정하고 있는데, ① 정당한 사유 없이 도급계약에 의한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우 ② 정당한 사유 없이 도급계약에 의한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우 ③ 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우이다.

책사유 여부를 묻지 않는다.

- ③ 최저임금법 제6조(최저임금의 효력) : 도급으로 사업을 행하는 경우 도급인이 책임져야 할 사유로 수급인이 근로자에게 최저임금액에 미치지 못하는 임금을 지급한 경우 도급인은 해당 수급인과 연대하여 책임을 진다.
- ④ 파견법 제34조(근로기준법의 적용에 관한 특례) : 파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 인하여 근로자의 임금을 지급하지 못한 때에는 사용사업주는 당해 파견사업주와 연대하여 책임을 진다”²³³⁾

근로기준법 제44조 및 최저임금법 제6조, 파견법 제34조는 원청이 하청에 대하여 제대로 도급대금을 지급하지 않거나 최저임금액에도 미치지 못하는 수준으로 인건비 단가를 낮추 경우 등 원청이 하청의 임금체불에 귀책사유가 있는 경우에 원청이 연대책임을 부담하도록 한 것이다. 반면 동법 제44조의2의 경우 원청의 귀책사유를 요건으로 하지 않는데 건설업 분야에서 나타나는 임금체불의 심각한 현실을 고려한 특례다.²³⁴⁾ 동 규정은 ‘건설업자가 아닌 하수급인’이 임금을 체불한 경우 ‘건설업자’인 직상수급인이 임금에 대한 연대책임을 지도록 하고 있는데 임금 체불의 주체를 ‘건설업자가 아닌 하수급인’으로 제한한 이유는 그와 같은 경우에 임금 체불의 가능성이 높기 때문이고, ‘건설업자’인 직상수급인을 연대책임의 주체로 한 이유는 불법적인 중층도급이 횡행하는 건설업종에서 최소한의 변제 자력이 확보된 자를 연대책임의 주체로 정하기 위한 것이다. 요컨대, 현행 노동관계 법령 상 하청의 임금체불에 대한 책임을 원청에까지 확대하는 사유는 원청의 귀책사유가 인정되는 경우와, 임금체불의 가능성이 높다고 평가되는 경우다.

위 법률규정의 취지를 위장도급의 법률관계에 반영해보면, 근로자의 임

233) 박제성, 사내하청을 둘러싼 담론의 해석, 서울대학교 법학연구소·노동법연구회 2015년 추계공동학술대회 2015 39-40면

234) 임종률, 노동법 제13판, 박영사 2015, 416면

금채불에 원청의 귀책사유가 인정되는 경우나 도급계약의 성질 상 임금 채불의 가능성이 높은 경우를 임금 지급에 대한 원청의 연대책임이 인정 근거로 검토해볼 수 있을 것이다. 이에 따라 원청이 하청 근로자에 대하여 임금지급에 대한 연대책임을 부담하는 경우의 기준을 첫째, 원청이 하청에 대하여 도급대금을 지급하지 않거나 그 지급을 지연하여 임금채불이 발생한 경우, 둘째, 도급계약의 성질 상 임금 채불 등으로부터 근로자를 보호할 필요성이 큰 경우로 정리해볼 수 있다.

첫 번째 기준의 경우 현행 근로기준법 제44조 및 동법 시행령 제24조에 포섭될 수 있기 때문에 특별히 문제 될 것이 없다. 해당 법령에 따르면 위장도급의 법률관계에서 원청이 하청의 근로자에 대하여 임금을 채불하고, 이에 대한 원청의 귀책사유가 인정되는 경우 원청은 하청과 연대하여 하청 근로자에 대해 임금을 지급할 의무를 부담하게 된다.

두 번째 기준은 그 의미가 추상적이므로 보다 구체화해볼 필요가 있다. 임금채불로부터 근로자를 보호할 필요성이 큰 경우는 주로 하청업체의 자력상태가 부족한 경우일 것이다. 하청업체가 임금을 채불하더라도 변제 자력이 충분하다면 보전처분 및 소송절차를 통해 구제가 가능하기 때문이다. 그러나 변제 자력 자체가 부족한 경우에는 사실상 근로자에 대한 보호가 불가능하다. 이런 점에서 두 번째 기준은 하청업체가 충분한 자산을 보유하고 있지 못해 임금채불 시 강제집행을 기대하기 어려운 경우로 정의해볼 수 있을 것이다. 이와 같이 원청이 하청의 무자력에 대하여 책임을 지도록 하는 근거는 원청이 하청을 통해 노동력을 활용함으로써, 근로계약상 부담하는 금전 채권에 대한 특수한 규제, 예컨대 임금채불에 대한 형사처벌규정²³⁵⁾, 임금채권에 대한 최우선 변제권의 인정²³⁶⁾ 등을 회피할 이익을 얻는다는 데에서 찾을 수 있다. 마지막으로 하청의 무자력에 대한 원청의 인식을 주관적 요건으로서 요구할 것인지의 문제가 남는다. 원청에 대하여 연대책임을 인정하려는 이유는 도급의

235) 근로기준법 제109조, 제43조

236) 근로기준법 제38조

형태를 통해 사용자로서의 책임을 회피하려는 위장도급을 규제하려는 것인 점, 원청이 하청의 자력상태에 대해 알지 못했던 경우까지 원청의 책임을 확대하게 되면 계약상 책임을 제3자에게 전가하는 범위가 지나치게 넓어지는 바, 이는 노동법의 과도한 개입이 될 우려가 있는 점 등을 고려하면 원청의 ‘하청의 무자력’에 대한 거래개시시점에서의 인식이라는 주관적 요건도 필요하다고 보는 것이 타당하다.²³⁷⁾

두 번째 기준의 경우 법적 근거가 존재하지 않으므로 해석에 의해 이런 결론을 도출 할 수 있을 것인지가 문제 된다. 노동법률관계의 특수성을 고려하더라도 아무런 법적 근거도 없이 계약상 책임을 제3자에게 전가하는 것은 어렵다고 보아야 한다. 따라서 위와 같은 이론적 논의는 해석이 아닌 입법을 통해 실현될 수밖에 없다. 구체적인 입법론적 논의에 대해서는 후술하기로 한다.

마지막으로, 하청이 하청 근로자에 대하여 임금 체불 이외의 손해배상 책임을 부담하는 경우 그 책임을 원청에게 확대시킬 수 있는 것인지에 대해서도 검토해볼 필요가 있다. 모든 책임에 대해 원청이 연대책임을 부담하도록 하는 것은 타당하지 않다. 원청에 대하여 연대책임을 인정하려는 취지는 원청이 하청을 이용하여 하청 근로자에 대한 법적 책임을 회피하려는 것을 규제하려는 것에 있는 바, 원청이 애초에 사용자로서 부담할 것으로 예측할 수 있었던 책임을 벗어나는 부분까지 원청에게 귀속시키는 것은 그 취지를 벗어나기 때문이다. 다만, 임금 체불 이외의 금전적 배상책임이라고 하더라도 그 배상의 내용이 사용자로서 통상적으로 부담할 수 있는 내용인 경우에는 원청에 대한 책임 확대를 인정할 수 있다. 예컨대, 산업재해로 인해 발생하는 하청 근로자의 손해는 원청이 사

237) 하청의 무자력을 이유로 원청에 대한 책임을 과도하게 확대 할 경우 원청의 입장에서 자력상태가 부족한 영세한 하청업체와 거래하는 것을 회피하고자 하는 경향이 나타날 수 있고 이는 영세한 하청업체를 시장에서 퇴출시키는 의도치 않은 결과를 낳을 우려가 있다. 이런 점을 고려하여 원청의 하청에 무자력에 대한 인식은 ‘고의’에 한정하고, 거래 개시 시점이 아닌 거래의 중간에 발생한 자력상태의 변화에 대해서는 원청의 책임을 인정하지 않는 것이 타당하다.

업수행 과정에서 통상적으로 발생할 것으로 예상할 수 있는 부분이므로 ‘임금체불’과 마찬가지로 취급할 수 있다. 이상의 내용을 표로 간단히 정리하면 다음과 같다.

[표4. 원청의 연대책임의 성립 범위]

구분		임금 체불	기타 통상적 손해(ex.산재손해)
손해 발생에 대한 원청의 귀책 有		성립 ²³⁸⁾	성립
손해 발생에 대한 원청의 귀책 無	하청의 무자력에 대한 원청의 인식 有		
	하청의 무자력에 대한 원청의 인식 無	불성립	불성립

IV. 근로자 보호의무 발생 형 : 산업안전 책임 등

1. 문제점

현행 「산업안전보건법」(이하 ‘산안법’이라 한다) 제23조는 ‘사업주’에게 산업안전법상 안전 및 보건조치 의무를 부여하고 있고, 동법 제2조 제3호는 “사업주란 근로자를 사용하여 사업을 하는 자를 말한다.”고 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 도급관계에 있어 산안법상의 책임 부담 주체는 근로자를 직접 고용한 하청이 된다. 다만, 산안법 제29조 제1항²³⁹⁾은 일정한 경우 도급인에게 산업안전보건법상의 책임을 확대하는

238) 임금 체불에 대한 원청의 귀책이 인정되는 경우에는 근로기준법 제44조가 적용될 수 있으나, 나머지 부분은 해석론으로 인정되기는 어렵고 입법이 필요하다고 판단된다.

239) 산업안전보건법 제29조(도급사업 시의 안전·보건조치) ① 같은 장소에서 행하여지는 사업으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 중 대통령령으로 정하는 사업의 사업주는 그가 사용하는 근로자와 그의 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업을 할 때에 생기는 산업재해를 예방하기 위한 조치를 하여야 한다. <개정 2010.6.4., 2011.7.25.>

1. 사업의 일부를 분리하여 도급을 주어 하는 사업

경우를 정하고 있는데, ‘같은 장소에서 행하여지는 사업으로서’, ‘사업의 일부를 분리하여 도급을 주는 경우(동법 제29조 제1항 제1호)’나 ‘사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우(동법 제29조 제1항 제2호)’로서 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주는 경우’가 이에 해당한다. 동 규정에 따르면 도급관계가 원청이 운영하는 공장의 업무 일부를 분리하여 하도급 하는 형태(사내하도급)인 경우에는 산업안전보건법 제29조 제1항 제1호가 적용 될 수 있으므로 원청이 도급관계를 이용해 산업법상의 책임을 회피하는 문제는 크지 않다고 볼 수 있다. 그러나, 최근 ‘위험의 외주화’ 경향에 따라 사내하도급 뿐 아니라 도급계약 일반에서 산업안전에 따른 위험을 외주화 하기 위한 시도들이 일어나고 있고²⁴⁰⁾ 이러한 문제는 위 산업안전보건법의 규율에 의해 해결할 수 없다. 또한 근로자가 입은 사업재해로 인한 손해가 사업재해보상보험에 의해 보상되는 범위를 초과하는 경우에는 위 산업안전보건법의 적용 여부와 무관하게 하청이 부담하는 책임을 원청에 대해서까지 확대할 필요성이 존재한다. 그 구체적 내용은 아래와 같다.

2. 위해사업 도급의 경우

우선, 도급 업무 자체에 사업재해의 위험성이 내재되어 있는 경우라면 별도의 추가적 요건 없이 그 자체만으로 원청에 산업안전을 위한 조치에 대한 책임과 사업재해 발생 시의 책임에 대한 연대의무를 부여하여야 한다. 위험이 내재된 업무의 위험을 외주화 하는 것은 사용자로서의 책임을 회피하기 위해 도급을 활용하는 위장도급으로서 규제 대상이 된다고 보아야 하기 때문이다. 이에 대해서는 현행 산업안전보건법에서 관련 규

2. 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주어 하는 사업

240) 이러한 목적의 도급계약은, 법이 정한 사용자로서의 책임을 회피하기 위해 이루어지는 것이므로 위장도급의 한 유형으로 보아야 한다.

정을 두고 있으므로 먼저 살펴볼 필요가 있다.

산안법 제28조 제1항은 “안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 대통령령으로 정하는 작업²⁴¹⁾은 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 그 작업만을 분리하여 도급(하도급을 포함한다)을 줄 수 없다.”고 규정하고 있다. 나아가 제2항은 “제1항에 따라 유해하거나 위험한 작업을 도급 줄 때 지켜야 할 안전·보건조치의 기준은 고용노동부령²⁴²⁾으로 정한다.”고 규정하여, 유해 작업 도급 시의 안전조치의 기준을 시행규칙에 위임하고 있으며, 제3항에서는 “고용노동부장관은 제1항에 따른 인가를 할 경우 제49조에 준하는 안전·보건평가를 하여야 한다.”고 규정하고 있고, 제4항에서는 “고용노동부장관은 제1항에 따라 인가를 받은 자가 제2항에 따른 기준에 미달하게 된 경우에는 인가를 취소하여야 한다.”고 규정하고 있다.²⁴³⁾

위 규정에 따르면 안전·보건상 위험하거나 유해한 작업에 대해서는 도급 대상에 대한 안전·보건진단 기관의 안전·보건 평가를 거친 후 고용노동부 장관의 인가를 받아야 도급을 할 수 있다. 나아가, 위험한 사업을 도급 줄 때 지켜야 할 고용노동부령상의 안전·보건조치의 기준을 충족하지 못한 경우 도급 인가의 취소사유가 된다. 그러나 산안법 시행령 제26

241) 동법 시행령 제26조 제1항은 위 법에 해당하는 작업을 “**같은 사업장 내에서 공정의 일부분을** 도급하는 경우로서”, “도급작업. 수은, 납, 카드뮴 등 중금속을 제련, 주입, 가공 및 가열하는 작업, 법 제38조제1항에 따라 허가를 받아야 하는 물질(염화비닐, 베릴륨 등 동법 시행령 제30조가 정한 유해물질)의 을 제조하거나 사용하는 작업, 그 밖에 유해하거나 위험한 작업으로서 「산업재해보상보험법」 제8조제1항에 따른 산업재해 보상보험 및 예방심의위원회의 심의를 거쳐 고용노동부장관이 정하는 작업”으로 규정하고 있다.

242) 동법 시행규칙 제28조에서 상세한 내용을 정하고 있다.

243) 산업안전보건법 제28조(유해작업 도급 금지) ① 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 대통령령으로 정하는 작업은 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 그 작업만을 분리하여 도급(하도급을 포함한다)을 줄 수 없다. <개정 2010.6.4.>

② 제1항에 따라 유해하거나 위험한 작업을 도급 줄 때 지켜야 할 안전·보건조치의 기준은 고용노동부령으로 정한다. <개정 2010.6.4.>

③ 고용노동부장관은 제1항에 따른 인가를 할 경우 제49조에 준하는 안전·보건평가를 하여야 한다. <개정 2010.6.4.>

④ 고용노동부장관은 제1항에 따라 인가를 받은 자가 제2항에 따른 기준에 미달하게 된 경우에는 인가를 취소하여야 한다.

조 제1항이 산업안전보건법 제28조의 위해작업을 “같은 사업장 내에서 공정의 일부분을 도급하는 경우”로 한정하고 있기 때문에 제29조의 규정과 마찬가지로 사외하도급의 경우는 동 규정의 보호를 받기 어렵다. 산안법 제28조 제1항에서 위해작업을 위임하고 있는 취지는 위해작업의 범위는 사회변화 및 기술발전에 따라 탄력적으로 변경 될 필요가 있고, 그 범위의 확정에 전문성·기술성이 필요한 것이라는 점을 고려한 것일 뿐 위해작업이 도급이 제한되는 장소적 범위까지 하위 법령에 위임한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 산안법 28조의 규정을 동법 시행령 제26조 제1항에 따라 사내하도급에 제한하여 해석하는 것은 위임입법의 한계를 이탈한 것으로서 부당하다. 그럼에도 위 시행령으로 인해 산안법 제28조의 규정을 도급관계에서의 근로자 보호에 활용하는 것은 쉽지 않은 것이 현실이다.

나아가, 산안법 제30조 제1항은 “건설업, 선박 건조·수리업, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사업²⁴⁴⁾을 타인에게 도급하는 자와 이를 자체사업으로 하는 자는 도급계약을 체결하거나 자체사업계획을 수립하는 경우 고용노동부장관이 정하여 고시하는 바에 따라 산업재해 예방을 위한 산업안전보건관리비를 도급금액 또는 사업비에 계상(計上)하여야 한다.”고 규정하고 있고, 동조 제 2항 제3항에서 효율적 집행을 위한 기준 수립과 다른 용도로의 전용 금지에 관한 규정을 두고 있다.²⁴⁵⁾

244) 동법 시행령 제26조의6(산업안전보건관리비의 계상 대상) 법 제30조제1항에서 “대통령령으로 정하는 사업”이란 유해하거나 위험한 사업으로서 산업재해보상보험및예방심의위원회의 심의를 거쳐 고용노동부장관이 정하는 사업을 말한다. <개정 2010.2.24, 2010.7.12>

245) 산업안전보건법 제30조(산업안전보건관리비의 계상 등) ① 건설업, 선박 건조·수리업, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사업을 타인에게 도급하는 자와 이를 자체사업으로 하는 자는 도급계약을 체결하거나 자체사업계획을 수립하는 경우 고용노동부장관이 정하여 고시하는 바에 따라 산업재해 예방을 위한 산업안전보건관리비를 도급금액 또는 사업비에 계상(計上)하여야 한다. <개정 2010.6.4.>

② 고용노동부장관은 제1항에 따른 산업안전보건관리비의 효율적인 집행을 위하여 다음 각 호의 사항에 관한 기준을 정할 수 있다. <개정 2010.6.4.>

1. 공사의 진척 정도에 따른 사용기준
2. 사업의 규모별·종류별 사용방법 및 구체적인 내용

위 규정은 유해사업의 도급 시 도급인이 도급금액 또는 사업비에 산업안전보건관리비를 계상하도록 강제함으로써, 유해사업의 도급에 있어서의 산업안전을 확보하려는 취지의 규정인데, 원청에 산업안전 책임에 직접적 책임을 부여하는 것은 아니라는 점에서 한계가 존재한다.

결국, 현행 산업안전보건법의 규정만으로는 사내하도급이 아닌 형태의 도급관계에서는 근로자의 보호가 불충분하다는 점을 확인할 수 있다. 원청이 위험을 외주화 하기 위한 목적으로 유해 사업을 하도급 하는 경우는 원청이 사용자로서의 책임을 회피하기 위한 목적으로 도급계약을 이용하는 위장도급의 한 형태에 해당한다. 따라서 이에 대한 규제 필요성이 큼에도, 현행 산업안전보건법은 그 규율이 미흡하다. 이를 개선하기 위해서는 우선 산업안전보건법 제28조를 개정하여 위임의 범위를 위해업무의 종류만을 위임한 것임을 분명히 할 필요가 있다고 생각된다. 나아가 위해업무의 도급으로 인해 근로자에게 산업재해가 발생한 경우 별도의 요건 없이 원청이 하청과 연대하여 손해배상 책임을 부담한다는 점을 분명히 할 필요가 있다. 그 외에 산업재해보상보험과 관련해 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제5조에서 건설업의 경우 산업재해보상의 사업주를 원수급자로 보는 특례²⁴⁶⁾를 참조하여, 유해사업 도급의 경우에도 산업재해보상보험법상의 책임을 원청에게 확대하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 이러한 책임 확대를 통해 위해사업에 대한 도급으로 위험을 외주화하려는 경향을 어느 정도 억제할 수 있을 것이라고 생각한다.

3. 그 밖에 산업안전보건관리비 사용에 필요한 사항

③ 제1항에 따른 수급인 또는 자체사업을 하는 자는 그 산업안전보건관리비를 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다. 이 경우 제2항에 따른 기준이 정하여져 있는 산업안전보건관리비는 그 기준에 따라 사용하고 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 그 사용명세서를 작성하여 보존하여야 한다. <개정 2010.6.4.>

246) 제9조(도급사업의 일괄적용) ① 건설업 등 대통령령으로 정하는 사업이 여러 차례의 도급에 의하여 시행되는 경우에는 그 원수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다. 다만, 대통령령으로 정하는 바에 따라 공단의 승인을 받은 경우에는 하수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다. 동 규정 시행령은 제9조 제1항의 대통령령으로 정하는 사업을 건설업으로 규정하고 있다.

3. 위해사업 이외의 도급의 경우

위해사업이 아닌 경우의 도급의 경우에는 원청에 산업재해보상보험에 대한 책임을 지우거나, 산업안전 보건법 제29조 제1항 각호에 해당하는 경우가 아님에도 원청에 대해서까지 산업안전조치의무를 부여하는 것은 어려울 것이다. 다만, 위해업무의 도급이 아니라고 하더라도 근로자를 사용하는 과정에서 발생할 수 있는 산업재해는 근로계약상 통상적으로 발생하는 하청 근로자의 손해라고 할 수 있으므로 위에서 언급한 연대책임 형에 해당해 원청이 하청과 하청 근로자에 대한 손해배상 책임을 연대하여 부담하는 경우가 있을 것이다.

4. 소결론

도급 업무가 산업재해의 위험이 내재되어 있는 업무인 경우에는 사외하도급의 경우에도 산업안전보건법 제28조가 적용되도록 입법적 개선이 필요하며, 산업재해가 발생하는 경우 별도의 요건 없이 하청의 손해배상책임에 대한 원청의 연대책임을 인정해야 한다. 또한 사용자가 도급을 통해 위험을 외주화하는 유인을 줄이기 위해 위해사업의 도급의 경우에는 산업재해보상보험과 관련된 책임을 원청에게 전가할 필요가 있다. 위해사업도급이 아닌 경우는 원청에 산업재해보상보험에 대한 책임을 지우거나 사외하도급에 대해서까지 산안법상의 산업안전조치를 확대하기는 어려울 것이나, 앞서 검토한 연대책임형 위장도급의 법적 규율에 따라 금전적 손해배상책임에 대해서는 원청의 연대책임을 인정할 수 있을 것이다.

제 3절 소결론

지금까지 개별법적 보호의 측면에서 위장도급의 법적 취급에 대한 해석

론을 검토해보았다. 위장도급의 법적 규율은 기존의 ‘사용종속성’ 개념만으로는 충분하지 않다는 점은 이미 수차례 지적하였고 본 글을 통해 이를 넘어서는 부분을 노동법적 규율의 영역으로 포섭하기 위한 나름의 시도를 해보았다. 다만, 이미 법원칙으로 인정받고 있는 ‘사용종속성’ 개념을 이용한 법적규율과 달리 이를 넘어서는 위장도급의 유형(3, 4유형)은 해석만으로 법적 근거를 확보하기 어렵기 때문에 입법론적 검토가 필수적이다. 한편, 1, 2 유형의 경우 해석론을 통한 접근은 가능하나, 논란의 소지를 없애기 위해서는 역시 입법적 조치가 필요하다. 이런 점을 고려해 이하에서 앞서 논의한 해석론을 기초로 한 입법론적 제안을 검토해보고자 한다.

제 4장 입법론적 제안

제 1절 파견관계 성립형 위장도급에 관한 제안

현행 파견법이 위장도급의 형태로 이루어지는 불법파견을 규제하는 것 인지 여부에 대하여 현재까지도 논란이 존재하므로 문제의 소재를 없애기 위해 파견법의 규정이 불법파견에도 적용된다는 점을 분명히 할 필요가 있다. 한편, 일부 견해는 파견법 제21조의 차별금지 규정이 불법파견의 경우에 원청을 수범자로 하여 적용 될 수 있는지에 관하여 “파견법 제21조의 해석 시 동법 제34조²⁴⁷⁾를 고려하면, 차별에 대한 책임의 해석에 있어서 지시상의 사용자와 계약상의 사용자는 구별되어야 하고 각자는 각각의 책임영역에 있어 차별적 처우가 금지되어야 한다.”²⁴⁸⁾고 하면서 임금지급은 사용사업주의 책임영역이 아니므로 차별금지 규정이 적용될 수 없다는 취지의 주장을 하고 있다. 이러한 견해가 일반적으로 받아들여지는 것으로 보이지는 않고 최근의 하급심 판결²⁴⁹⁾의 내용과도 배치되는 것이지만 논란의 소지를 없애기 위해 아래와 같이 관련 규정을 정비할 필요성이 있다.

구분	현행법	제(개)정안
적용 범위	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

247) 파견법 제34조 제1항은 근로기준법 상 해고, 퇴직급여제도, 임금, 연장·야간 휴일근로, 연차유급휴가, 재해보상에 관해서는 파견사업주를, 근로시간, 연장근로의 제한, 휴게와 휴일, 유급휴가의 대체에 관해서는 사용사업주를 사용자로 본다고 규정하고 있음

248) 이광선, “파견법상 직접고요에서 쟁점과 해석-현대차 사건의 판결을 중심으로-에 대한 토론문”, 노동법이론실무학회 제29회 정기학술대회, 2012, 20면, 김선우, 사내도급 관련 판례 법리 분석과 시사점, KERI Brief, 한국경제연구원, 2015. 12. 30. 9면에서 재인용

249) 서울중앙지법 2014. 9. 18. 선고 2010가합112450판결 등

	1. "근로자파견"이라 함은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.	1. "근로자파견"이라 함은 <u>계약의 명칭이나 형식 여하를 불문하고 그 실질에 비추어</u> 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.
차별 금지	제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등) ①파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다. ② - ④ (생략) [전문개정 2006.12.21.]	제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등) ①파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 <u>되며, 차별적 처우에 따른 책임을 공동으로 부담한다.</u>

나아가 파견법의 적용을 받는 위장도급의 유형으로서의 불법파견을 파견법의 적용 대상으로 명시하면서, 해당 유형에 해당하는지 여부를 판별할 수 있는 기준을 최소한 시행령의 차원에서라도 반영할 필요가 있다. ‘법의 공백상태’ 또한 불법파견의 판단기준에 대한 혼란의 발생시키고 있는 주요인이기 때문이다. 이에 대해서는 다음과 같이 현재 국회에 계류 중인 입법안이 있으므로 참고해볼 수 있다.

[의안번호-2000031 이완영 외 121인 발의 파견근로자보호등에관한법률 일부개정 법률안]

제2조의2(도급 등과의 구별)

① 도급 또는 위임 등(이하 “도급 등”이라 한다)의 계약에 따라 일을 완성하기 위한 업무를 수행하는 경우라 하더라도 근로자파견사업을 행한 것으로 보는 기준은 다음 각 호와 같다.

1. 도급 등을 한 자(이하 “도급인”이라 한다)가 도급 등의 계약에 따른 업무를 수행함에 있어 도급 등을 받은 자(이하 “수급인”이라 한다)가 고용한 근로자의 작업에 대한 배치 및 변경을 결정하는 경우
 2. 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 업무상 지휘·명령을 하여 업무를 수행하게 하는 경우
 3. 도급인이 수급인의 근로자에 대한 근로시간·휴가 등의 관리 및 징계에 관한 권한을 행사하는 경우
 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 고용노동부장관이 정하는 경우
- ② 도급 등이 근로자파견사업에 해당하는지 여부는 제1항 각 호의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 근로조건 향상, 산업재해예방, 직업능력개발 등을 위한 지원을 실시하는 등 다음 각 호의 사항에 해당하는 경우에는 근로자파견의 징표로 보지 아니한다.
1. 도급인이 「산업안전보건법」 제29조에 따른 의무를 이행하기 위한 조치를 하는 경우
 2. 도급인이 수급인의 근로자의 직업능력개발을 위하여 수급인에게 훈련비용, 장소, 교재 등을 지원하는 경우
 3. 도급인이 수급인의 근로자의 고충처리를 위하여 지원하는 경우
 4. 도급인이 경영성과에 따른 성과금을 수급인을 통하여 수급인의 근로자에게 분배하는 경우
 5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

위 개정안은 제1항을 통해 도급의 형식을 취한 경우에도 파견으로 취급하여야 할 기준을 법률을 통해 제시하는 한편 제2항에서는 원청의 하청 근로자에 대한 지원행위가 있더라도 일정한 경우에는 불법파견의 판단징표에서 제외하고 있다. 제2항의 경우 위장도급에 대한 규제가 강화됨에 따라 원청이 위장도급으로 판단 받는 것을 피하기 위해 하청 근로자들에게 제공하던 혜택을 오히려 없애거나 감축하는 불합리한 상황이 발생하고 있는 점을 고려한 것이다. 위 개정안에서 제시하고 있는 불법파견의 판단기준은 ① 원청의 하청 근로자에 대한 작업배치권 ② 원청의 하청근로자에 대한 업무상 지휘·명령 ③ 원청의 하청 근로자에 대한 근태관리권 등 인사·노무 관리권의 행사다. 모두 원청과 하청 근로자 사이의 ‘사용종속관계’의 본질적 징표에

속하는 것으로서 파견여부를 판단하는 기준으로 삼기에 적합하다. 그러나 원청과 하청 근로자 간의 ‘사용종속관계’가 은폐되기 쉽다는 위장도급관계의 특수성을 고려하지 않고 기준을 단순히 병렬적으로 나열하고 있을 뿐 아니라, 위장도급 법률관계의 특성을 잘 반영한 판단 기준인 하청사업의 원청 사업으로의 편입 내지 종속과 관련된 부분이 판단기준에서 누락되어 있다는 점에서 아쉬움이 있다. 이런 점과 앞선 검토를 통해 도출한 불법파견의 새로운 판단기준을 반영한 입법안을 아래와 같이 새롭게 제시해 볼 수 있다.

제2조의2(도급 등과의 구별)

- ① 도급 또는 위임 등(이하 “도급 등”이라 한다)의 계약에 따라 일을 완성하기 위한 업무를 수행하는 경우라 하더라도 다음 각호 중 하나에 해당하는 경우에는 근로자파견사업을 행한 것으로 본다.
1. 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 직접 업무상 지휘·명령을 하여 업무를 수행하게 한 경우
 2. 도급인이 직접 또는 수급인을 통해 수급인의 근로자에게 매뉴얼, 작업표준서 등을 제공함으로써 일반적 작업방법을 제시한 것으로 인정 되고, 다음 각목 중 하나에 해당되는 경우
 - 가. 수급인의 근로자가 도급인 사업에 실질적으로 편입되어 일체를 이루고 있는 경우
 - 나. 도급인이 수급인의 근로자에 대한 선발, 근로시간·휴가 등의 관리, 징계, 포상 등 근태에 관한 사항을 사실상 결정하거나 이에 대한 상당한 영향력을 행사한 경우
- ② 제1항에 따라 근로자파견사업을 행한 것인지 판단함에 있어서는 다음 각호의 사유까지 종합적으로 고려하여야 한다. 단, 제1항 각호 중 하나에 해당함이 명백한 경우에는 본 규정에 따른 사유만으로 근로자파견사업을 행한 것이 아니라고 판단할 수 없다.
1. 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지
 2. 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지
 3. 그 밖에 제1호부터 제2호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 고용노동

부장관이 정하는 경우

③ 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 근로조건 향상, 산업재해예방, 직업능력개발 등을 위한 지원을 실시하는 등 다음 각 호의 사항에 해당하는 경우에는 근로자파견의 징표로 보지 아니한다.

1. 도급인이 「산업안전보건법」 제29조에 따른 의무를 이행하기 위한 조치를 하는 경우
2. 도급인이 수급인의 근로자의 직업능력개발을 위하여 수급인에게 훈련비용, 장소, 교재 등을 지원하는 경우
3. 도급인이 수급인의 근로자의 고충처리를 위하여 지원하는 경우
4. 도급인이 경영성과에 따른 성과금을 수급인을 통하여 수급인의 근로자에게 분배하는 경우
5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

제 2절 연대책임형 위장도급에 관한 제안

연대책임 형 위장도급에서 검토한 위청의 하청 근로자에 대한 연대책임에 관한 내용은 근로기준법의 개정을 통해 반영될 수 있다. 현행 근로기준법의 도급사업에 대한 임금지급의 규정을 ‘임금지급 등’에 관한 규정으로 확대할 필요가 있다. 나아가 하청의 무자력으로 인해 근로자의 금전 청구의 집행이 불가능하고, 이에 대한 원청의 인식이 있는 경우 연대책임을 부담하는 규정을 신설해야 한다. 한편, 중층적 도급관계에 대해서만 임금체불 등에 관한 원청의 책임을 인정한 것으로 오인할 수 있는 종래 규정 상의 표현인 ‘사업이 여러 차례의 도급에 따라 행해진 경우’라는 부분도 ‘사업이 1차례 이상의 도급에 따라 행하여지는 경우로 수정하여 해석론과 법의 문리적 의미를 통일시킬 필요성이 있다. 이와 같은 방안에 관한 입법론을 다음과 같이 제안해 볼 수 있다.

현행법	개정안
<p>근로기준법 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급) ① 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)이 직상(直上) 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.</p> <p><개정 2012.2.1.></p> <p>② 제1항의 귀책사유 범위는 대통령령으로 정한다. <개정 2012.2.1.></p>	<p>근로기준법 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급 등) ① 사업이 <u>1차례 이상의</u> 도급에 따라 행하여지는 경우 다음 각호 중 하나의 사유에 해당 하면 하수급인(下受給人, <u>1차례의 도급으로 행해진 사업의 경우 수급인을 의미한다</u>)의 직상(直上) 수급인(<u>1차례의 도급으로 행해진 사업의 경우에는 도급인을 의미한다</u>)은 그 하수급인과 연대하여 <u>근로자에 대해</u> 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다. <개정 2012.2.1.></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 직상수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우 2. 직상수급인이 산업안전보건법 제28조 제1항에 따른 유해작업을 도급한 경우로서 근로자가 해당 작업 중 산업재해를 입은 경우 250) 3. <u>근로자가 임금채불(제1호에 따른 임금채불은 제외한다), 산업재해(제2호에 따른 경우는 제외한다) 등 근로계약 관계에서 통상적으로 발생할 수 있는 손해를 입은 경우로서, 하수급인이 손해를 배상할 만큼 충분한 자력이 없고 직상수급인이 하수급인과의 도급계약 체결 당시 그 사실을 알고 있었던 경우</u> <p>② 제1항의 제1호의 귀책사유 및 제3호의 통상적으로 발생할 수 있는 손해의 범위는 대통령령으로 정한다. <개정 2012.2.1.></p>

제 3절 보호의무발생형 위장도급에 관한 제안

보호의무 발생형 위장도급에서 논의 한 내용은 다음과 같이 산업안전보건법을 개정함으로써 반영할 수 있다. 우선 산업안전보건법 제28조 제1항을 개정하는 것을 통해, 법률의 위임을 일탈하여 시행령에 의해 유해사업의 도급에 따른 책임을 ‘같은 사업장 내’에서의 하도급으로만 제한하는 현 상태를 개선할 필요가 있다. 나아가 위험의 외주화 과정에서 근로자가 제대로 된 보상을 받지 못하는 문제를 해결하기 위해 유해사업의 도급에 대해서는 다른 특별한 요건 없이도 원청이 연대하여 산업재해에 대한 책임을 지도록 하는 것이 바람직하다. 해당 내용은 도급인의 연대책임을 규정한 근로기준법 제44조의 규정에 통합하여 반영할 수 있을 것이다. 또한, 유해사업 도급의 경우 산재책임을 원청에게 전가하는 규정을 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」에 반영하여 유해사업도급을 통한 위험의 외주화에 대한 사용자의 유인을 감소시키는 효과를 기대할 수 있다고 생각한다. 구체적인 제안은 다음과 같다.

구분	현행법	개정안
유해 작업 도급 금지 범위	산업안전보건법 제28조(유해작업 도급 금지) ① 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 대통령령으로 정하는 작업은 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 그 작업만을 분리하여 도급(하도급을 포함한다)을 줄 수 없다.	산업안전보건법 제28조(유해작업 도급 금지) ① 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 대통령령으로 정하는 작업은 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 그 작업만을 분리하여 도급(하도급을 포함한다)을 줄 수 없다. <u>같은 사업장 내에서 일부 공정을 분리하여 도급한 것이 아닌 경우에도 같다.</u>

250) 보호의무 발생형 위장도급의 개정안과 관련된 규정에서 설명하기로 한다.

<p>산재 책임 (손해 배상)</p>	<p>근로기준법 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급) ① 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)이 직상(直上) 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다. <개정 2012.2.1.></p> <p>② 제1항의 귀책사유 범위는 대통령령으로 정한다. <개정 2012.2.1.></p>	<p>근로기준법 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급 등) ① 사업이 <u>1차례 이상의</u> 도급에 따라 행하여지는 경우 다음 각호 중 하나의 사유에 해당 하면 하수급인(下受給人, <u>1차례의 도급으로 행해진 사업의 경우 수급인을 의미한다</u>)의 직상(直上) 수급인(<u>1차례의 도급으로 행해진 사업의 경우에는 도급인을 의미한다</u>)은 그 하수급인과 연대하여 <u>근로자에 대해</u> 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다. <개정 2012.2.1.></p> <p>1. (생략)</p> <p><u>2. 직상수급인이 산업안전보건법 제28조 제1항에 따른 유해작업을 도급한 경우로서 근로자가 해당 작업 중 산업재해를 입은 경우</u></p> <p>3. (생략)</p> <p>② (생략)</p>
<p>산재 보험</p>	<p>(없음)</p>	<p>고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률 제9조의2 (위해사업의 도급에 대한 산재책임) 산업안전보건법 제28조 제1항에 따른 유해작업 도급의 경우 <u>그 유해작업을 도급한 자를 이 법을 적용 받는 사업주</u>로 본다.</p>

제 5 장 결 론

위장도급은 기업을 경영하는 입장에서 노동법적 의무를 회피하기 위한 목적으로 손쉽게 사용될 수 있는 수단이어서 규제의 필요성이 크다. 우리 법원은 2008년 ‘에스코 판결’ 이전까지는 원청과 하청 근로자 사이의 묵시적 계약에 의한 직접 근로계약관계 성립이라는 법리에 의해 위장도급을 규제하여 왔다. 그러나 동 법리는 지나친 요건의 엄격성으로 인해 근로자 보호에 충실하지 못했고, 민법상의 계약성립이론을 기초로 위장도급을 규율하려 했다는 점에서 근본적인 한계가 있었다.

법원은 2008년 ‘에스코 판결’을 통해 불법파견에도 파견법이 적용될 수 있다고 판단하였는데, 이로 인해 위장도급의 법적 규율 방식에 근본적인 변화가 발생하였다. 동 판결을 통해 위장도급의 법률관계에 파견법상의 고용간주(개정 파견법 상으로는 ‘고용의무’)규정이 적용될 수 있는 길이 열렸기 때문에, 실질적 파견관계가 존재하는지 여부를 판단하는 것이 위장도급의 법적 규율에 있어서의 핵심문제가 된 것이다. 실질적 파견관계가 존재하는지 여부에 대한 판단기준에 대해서는 종래 많은 검토가 이루어져 왔고, 2015년에는 대법원 판결을 통해 불법파견인지 여부를 판단하는 기준이 ‘법리’의 형태로 구체화되어 제시되었다. 그러나 그 내용을 자세히 살펴보면 법적 안정성을 확보할 수 있을 만큼 충분히 명확하지 않아 어디까지가 법적으로 허용되는 도급이고 어디서부터 불법적 파견으로 보아야 하는지 여전히 모호한 상태다. 또한, 기존의 위장도급에 관한 논의는 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 인정하는 것에 집중되어 있어서 원청과 하청 근로자 사이의 근로계약관계를 인정하기는 어렵지만, 원청에 대하여 사용자로서의 부분적 책임을 인정할 필요성이 있는 경우를 보호 범위로 포섭하지 못하는 문제점이 있었다.

본 글에서는 이러한 문제의식에 기초해 위장도급을 법인격 부인 형, 불법파견 형, 연대책임 형, 보호의무 발생 형의 4가지로 유형화하여 사용자

로서의 부분적 책임이 인정될 수 있는 경우를 위장도급의 규율 영역으로 포섭하고, 종래 위장도급의 법적 규율 방법이었던 불법과건 형 위장도급의 판단기준을 보다 명확히 제시하고자 시도하였다.

법인격 부인형의 경우 과건관계의 인정이라는 종래의 프레임에서 벗어나, 위장도급을 규율하기 위한 새로운 법리로서, 회사법상의 법인격 부인론을 재해석한 것이다. ‘법인격 부인론’은 사적자치를 지도원리로 하는 사법(私法)의 영역에서 발달해왔다는 점을 고려하면 사적자치의 모순 시정을 목적으로 하는 노동법의 영역에서는 보다 완화된 요건 하에 탄력적으로 적용되어야 한다. 이런 점에서 하청이 형해화 되어 실체성이 부정되지 않는 경우라고 하더라도, 원청의 하청에 대한 지배력과 원청이노동법적 책임의 회피를 위해 하청의 법인격을 남용하였다는 사실이 인정되는 경우에는 법인격 부인을 인정하여 하청 근로자가 원청에 대하여 사용자로서의 책임을 추궁할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 적용을 과도하게 남용 할 경우 실체를 가지고 사업을 영위하는 영세한 하청업체의 권리를 침해할 소지가 있다는 점을 고려하여, 법인격을 부인할 경우 각 당사자에게 미치는 실질적인 효과를 면밀히 검토해 적용여부를 결정해야 할 것이다. 이러한 적용방식을 취해야 신의성실의 원칙에 기초해 공평하고 구체적 타당성 있는 결론을 도출하려는 법인격 부인론의 인정 취지에 부합할 수 있다.

불법과건형 위장도급의 경우 판단기준을 보다 구체화 하기 위해, 유형론적 고찰을 통한 판단요소의 구체화, ‘사용종속성’을 상위에 둔 판단요소의 차등화, 추정의 법리와 증명책임의 사전분배를 통한 결과의 예측가능성 확보, ‘개별 산업의 특성 고려’라는 4가지 방법을 제시하였다. 이 4가지 방법 중에서도 핵심적 인 부분은 판단요소의 차등화와 증명책임의 분배다. 종래 법원의 판단기준은 각 요소의 상대적 중요도에 대한 아무런 설명이 없어 일부 요소만 인정되고 일부 요소가 부정되는 경우 어떻게 판단해야 하는지 알 수 없었다. 본 글에서는 이런 점을 고려해 ‘사용종속관계’라는 상위 개념을 지표로 판단요소를 차등화하여, 원청의 업무상 지

휘명령을 최상위의 요소로, 하청 근로자의 원청사업으로의 편입, 원청의 근태관리 및 근로조건에 대한 결정권의 행사를 상위의 요소로, 도급업무의 성질(한정성, 구별성, 전문성) 및 하청의 인적, 물적 독립성을 부수적 요소로 분류하였다. 이를 바탕으로, 최상위 요소 및 상위 요소가 인정 되면 파견을 인정하고, 최상위요소와 상위요소 중 어느 하나가 결합하면 파견관계를 사실상 추정 하되, 사용자가 부수적 요소를 통해 ‘간접반증’함으로써, 추정을 복멸시키는 증명책임을 배분하는 방식을 제안하였다. 이와 같은 방식을 취하면 종래 판단기준이 가지고 있었던 모호성의 문제가 어느 정도 해결될 수 있으리라 본다. 다만, 법적안정성에만 치중하여 판단의 요소를 지나치게 구체화할 경우 탄력적 평가를 통한 개별 사안에서의 합리적 결론 도출이라는 가치가 훼손될 우려가 있다. 이러한 점을 고려해, 실제 적용과정에서는 개별 판단요소를 탄력적으로 해석할 필요가 있다고 생각하고 이를 통해 각 사안에 맞는 합리적 결론을 도출할 수 있을 것이다.

연대 책임형은 주로 근로자의 임금 등 금전채권의 행사와 관련하여 원청의 연대책임을 인정하여야 하는 경우를 검토해본 것이다. 원청이 하청의 무자력 상태를 알면서도 도급의 형태로 근로자의 노동력을 활용하는 경우에는 근로자 보호를 위하여 원청의 연대 책임을 인정하는 것이 타당하다. 원청이 하청의 무자력에 대하여 책임을 지도록 하는 근거는 원청이 하청을 통해 노동력을 활용함으로써, 근로계약상 부담하는 금전 채권에 대한 특수한 규제, 예컨대 임금 체불에 대한 형사처벌규정, 임금채권에 대한 최우선 변제권의 인정 등의 불이익을 회피할 수 있다는 데에서 찾을 수 있을 것이다.

보호의무형은 주로 입법론적 측면에서 하도급 근로자를 보호하기 위한 방안을 검토한 것이다. 위해사업의 경우 사내하도급과 사외 하도급을 불문하고 원청의 안전조치의무를 인정하여야 할 것이고, 산업재해와 관련된 근로자의 금전적 손해에 대해서는 원청이 연대하여 책임을 부담하도록 할 필요가 있다. 도급의 형식을 취했다고 하더라도 원청이 하청 근로

자의 노동력을 이용해 이익을 얻는다는 본질은 변하지 않기 때문이다. 다만, 보호의무형은 도급인이 책임을 져야 할 위해사업의 범위에 대한 사회적 합의가 법령을 통해 정확히 반영되어야 비로소 의미를 가질 수 있을 것이라고 생각된다.

오늘날은 노동법의 입장에서 ‘위기의 시대’임이 분명하다.²⁵¹⁾ 종래 노동 보호의 대전제였던 ‘사용종속성’ 개념은, 사용자와 근로자가 이면적인 종속적 노동관계를 형성하는 전통적인 고용의 형태가 쇠퇴하면서 그 빛을 점차 잃어 가는 중이다. 세계화의 물결 속에서 기업의 경쟁이 국제화 되고, 노동법이 국가경쟁력을 좌우 하는 기업의 성장을 방해하는 장애물로 인식되고 있다는 점은 오늘날 노동법이 처한 상황을 단적으로 드러낸다. 본 논문에서 다룬 간접고용의 문제, 특히 위장도급과 관련된 논란은 이러한 위기 상황이 반영된 대표적 사례다. 노동법이 위장도급에 대해 규제를 주장하면 기업들은 외주화를 통해 경영효율화라는 세계적 추세에 반하는 불합리한 규제라고 주장한다. 이런 상황 속에서 노동법이 자신의 역할을 분명히 하기 위해서는 어느 수준에서 기업의 외주화 경향에 개입할 것인지에 대한 분명한 기준을 제시할 필요가 있다. 위장도급에 대한 규제를 주장하면서도 합리적인 근거에 기초한 분명한 기준을 제시하지 못한다면, 갈수록 거세지는 기업들의 ‘경쟁력’ 주장에 휩쓸려 갈 수 밖에 없을 것이다. 두 번째로는 기존의 전통적 개념만으로는 오늘날의 위기 상황에 대응할 수 없다는 점을 인식하고 기존에 우리사회에서 합의되었던 노동보호제도를 지켜내기 위한 새로운 방법들에 대해 고민해야 할 것이다.

251) 간접고용 및 기간제 근로의 증가, 노동법적 지위가 불분명한 특수형태 근로종사자의 증가라는 고용형태의 변화로 인한 노동법의 위기와 과제에 대한 상세한 검토로는 도재형, 노동법의 위기와 희생 그리고 과제, 인권과 정의 458호, 2016. 69-88면 참고

참 고 문 헌

[논문]

강성태, 「위법한 근로자파견과 사용사업주의 책임」, 노동법 연구 제13호, 2002. 12.

강성태, 「사내하도급 삼부작 판결의 의의」, 노동법학 제35호, 2010. 9

강성태, 「위법파견의 사법적 효과」, 노동법연구 제29호, 2010. 9. 87

강성태, 「사내하청에 관한 세가지 판단-Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX」, 노동법연구 제40호, 2016. 3.

강희원, 「간접고용과 근로자의 보호」, 경희법학 제46권 제2호 2011.

권혁, 「업무도급관계에서의 위장도급 판단」, 노동법학 제56호 2015. 12.

권혁, 「독일에서의 위장도급 판단기준에 관한 논의와 그 시사점」, 노동법논총 제35집, 2015. 12.

권혁, 「도급 대상으로서의 ‘업무’와 위장도급 논쟁」, 노동법포럼 제11호, 2013. 11.

권영환, 「파견과 도급의 구별이라는 틀의 재검토」, 노동법연구 제30호, 2011. 3.

김기선, 「사내하도급의 현황과 정책과제」, 경제사회발전노사정위원회 외 주화연구회, 2017. 3. 14.

김기선, 「간접고용의 현황과 정책방향」, 사회정책연합 공동학술대회 2014.

김기선, 「근로자 파견과 도급의 판단-독일에서의 논의를 중심으로」, 노동법 연구 제31호, 2011. 9.

김기선, 「근로자파견의 판단-대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707판결」, 월간노동리뷰, 한국노동연구원, 2015. 4.

김기선, 「독일 내 파견근로의 실태와 최근의 논의」, 노동법연구 제29호, 2010. 9.

김봉수, 「노무도급과 위장도급」, 안암법학 제39호, 2012.

김병연, 「법인격 남용의 새로운 유형과 법인격부인론의 적용」, 상사판례연구 21권 제1호, 2008.

김영문, 「파견과 도급의 구별에 관한 독일 판례의 발전과 시사점」, 노동법학 제45호 2013. 3.

김영문, 「외부노동력 활용을 위한 법적 형태의 진화」, 노동법 논총 제27집. 2013.

김종진 외 3인, 「간접고용 활용실태 및 간접고용 근로자 근로실태 조사·분석」, 국회입법조사처 2011. 11. 13

김정우, 「노동조합과 비정규 고용」, 한국노동연구원 2014.

김선우, 「사내도급 관련 판례 법리 분석과 시사점」, KERI Brief, 한국경제연구원, 2015. 12. 30. 9면

김홍영, 「위장도급인 사내하도급에 대해 직접적인 고용관계를 인정하는 판례 법리」, 성균관법학 제20권 제3호 2008.

김홍영, 「KTX 여승무원의 실질적 사용자가 철도공사인지 여부 - 법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결 - 법원 2015. 2. 26. 선고 2012다 96922 판결」, 월간노동리뷰, 한국노동연구원, 2015. 4.

김홍영, 「양현, KTX 승무업무는 도급이 가능한 업무인가」, 성균관법학 제5권 제2호 2013.

김희성, 「사내하도급에 관한 판례법리의 내용과 문제점-창원지방법원 2014. 12. 4. 선고 2013가합3781판결을 중심으로-」, 노동법논총 제35집 2015. 12

노민선, 「기업 규모별 임금 격차 국제 비교 및 시사점」, 중소기업포커스 제17-13호, 중소기업연구원, 2017. 9. 13.

노상현, 「과건 및 사내도급근로에 관한 일본의 노동법리와 쟁점」, 노동법연구 제19호, 서울대 학교노동법연구회, 2005.

도재형, 「노동법의 위기와 회생 그리고 과제」, 인권과 정의 458호, 2016.

류문호, 「사내하도급에서 사용자 개념의 판단법리」, 노동법 포럼 제7호, 2011.

박수근, 「사내과건고용의 실태와 법적 쟁점」, 노동법학 제40호, 2011.

박수근, 「사내하청에서 원청회사의 노동법상 책임에 관한 판례 동향」, 노동법 포럼 제6호, 2011. 4.

박은정, 「일본에서의 위장도급 문제에 관한 논의에 대한 검토」, 법학논집 15권 4호, 2011.

박지순, 「과건과 도급의 구별에 관한법리」, 안암법학 제38호, 2012. 5.

박지순, 「과건과 도급의 구별기준에 관한 독일과 한국의 판례비교」, 노동법포럼 제11호, 2013.

박지순, 「위법과건의 법률효과」, 노동법포럼 제9호. 2012.

박제성, 「KTX승무원 사내하청: 사실과 논리에서 의견과 신념으로-서울고등법원 2012. 10. 5. 선고 2011나78974판결-」, 월간노동리뷰, 한국노동연구원 2013. 2.

박제성, 「KTX 여승무원 사내하도급 사건 - 서울중앙지방법원 2010. 8. 26. 선고 2008가합118219 판결」, 노동법학 제36호, 2010. 12.

박제성, 「미완의 3부작 그 완성을 위하여, 사내하청 대법원 판결 3부작-그 의미와 과제 토론회 발제문」, 민주사회를 위한 변호사 모임, 2010.

박제성, 「사내하청을 둘러싼 담론의 해석」, 서울대학교 법학연구소 · 노동법연구회 2015년 추계공동학술대회 2015

박훈 · 이상신, 「세법상 법인격부인의 법리와 실질과세의 원칙의 관계」, 조세법연구 제 16권 제1집, 한국세법학회, 2010

배동희, 「고용과 사용이 분리된 근로관계와 근로자과건의 판단기준에 관한 고찰」, 노동법포럼 제2호, 노동법이론실무학회, 2009

신동현, 「계약의 성립에 관한 연구: 청약과 승낙을 중심으로」, 서울대학교 석사학위 논문, 2009.

신만중, 「세법상 법인격부인법리의 새로운 전개」, 법학논집 제22권 제2호 2015. 8.

신병동, 「법인격남용론의 적용요건에 관한 판례 법리의 유형론적 고찰」 가천법학 제9권 제1호, 2016. 3. 31

송강직, 「사내도급에서의 위장도급과 불법파견의 상호관계」, 강원법학 제32권, 2011. 2.

송강직, 「일본 근로자파견과 위장도급의 쟁점」, 노동법 연구 제29호, 2010.

양승광, 「철도공사는 KTX여승무원의 사용자가 아닌가?」, 노동법 연구 제39호, 2015. 9.

이승길, 「도급과 파견근로계약의 노동법적 쟁점에 관한 소고」, 외법논집 제37권 제1호, 2013. 2

이승길·김준근, 「업종별 도급과 파견의 구별에 관한 담론」, 산업관계연구 제25권 제4호 2015. 12.

이영두 외 3인, 「스마트 팩토리 기반 직서열 부품공급 시스템」, 전자공학회 논문지 제47권 SC편 제1호, 2010. 1.

이정, 「도급과 파견의 구별기준에 관한 법리-판례의 변천의 문제점을 중심으로-」, 노동법논총 34집, 2015. 8.

이정, 「KTX여승무원에 대한 묵시적 근로계약관계와 파견계약관계의 성립여부」, 노동법률, 중앙경제 2015. 4

이정, 「일본의 도급과 파견의 판단기준」, 노동법포럼 제11호 노동법이론실무학회, 2013. 10.

이철수, 「IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전」, 서울대학교 법학 제55권 제1호 2014. 3.

이철수·이다혜, 「한국의 산업구조 변화와 노동법의 새로운 역할」, 서울대학교 법학 제58권 제1호, 2017. 3.

이철수, 「판례를 통해 본 사내하도급의 법적 쟁점, 노동법 실무연구 제1권, 노동법실무연구회, 2011. 11. 1.

이홍재, 「21세기의 노동법 과제와 새로운 패러다임의 모색-‘한국 풍토’의 노동법에 한 진단 처방과 상생(相生)의 지향-」, 비교법학연구 제6집, 2005. 9.

임동원, 「동업기업과세제도의 조세회피 관련규정에 한 연구」, 조세연구 제14권 제3집, 2014, 59-60면

오윤식, 「위장도급의 준별과 그 법적효과」, 민주법학 제37호, 2008. 9.

유성재, 「사내하도급과 근로자파견의 구별」, 중앙법학 제15집 제1호, 2013. 3.

장창민, 「사실적 계약관계에 관한 일고-사실적 근로관계를 중심으로-」, 민사법 이론과 실무 제8권 제1호 2004

정봉진, 「법인격부인론의 합리적 재구성」, 원광법학 제28권 제1호 2012

전형배, 「대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준」, 노동법학 제36호 2010. 12.

조용만, 「노동법에서의 신의칙과 권리남용금지의 원칙」, 노동법연구 제 29호, 서울대노동법연구회, 2010.

정지선, 주정일 「일본 조세법상 법인격부인 법리의 적용에 관한 소고」, 조세학술논문집 제31집 제3호, 2015.

조경배, 「현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급)사건 판례 평석」, 노동법 연구 제29호, 서울대 노동법연구회, 2010. 9. 1.

조경배, 「직접고용의 원칙과 파견근로」, 민주법학 제19호, 관악사, 2001.

조임영, 「근로자파견관계의 판단방식과 기준」, 노동법연구 제22호, 2007.

최은배, 「위장도급의 판단」, 노동법연구 제31호, 2011. 9.

최석환, 「위장도급을 둘러싼 일본 노동법의 대응 - 파나소닉 PDP 판결에 대한 일련의 평석들을 중심으로 -」, 노동법연구 31호, 2011. 9.

한광수, 「사내하도급과 근로자파견의 구별기준과 법적효과의 문제」, 노동법논총 제31집, 2014. 8.

고용노동부, 「외국의 사내하도급 파견 현황 및 제도 실태조사」, 2010.

[단행본]

권영성, 「헌법학원론」, 2004, 박영사 702면

김성수, 일반행정법-제3판-, 2007, 법문사

박제성, 강성태, 김진, 신권철, 조경배, 「사내하청 노동관계의 법해석론」, 한국노동연구원. 2015.

박제성 · 노상현 · 유성재 · 조임영 · 강성태, 「사내하도급과 노동법」, 정책연구 2009-01, 한국노동연구원

송덕수, 「민법강의(5판)」, 박영사, 2012.

안춘수(대표집필 김용담), 「주석민법 채권각칙(1)」 제4판, 한국사법행정학회 2016 184면

이시윤, 「민사소송법 제3판」, 박영사 2007.

임종률, 「노동법 제13판」, 박영사 2015.

정찬형, 「상법강의上」 제8판, 박영사

노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 1권」, 박영사 2010.

사법연수원, 「민사실무2」, 2011. 2.